



Sentencia 2014-00250 de 2021 Consejo de Estado

ABANDONO DEL CARGO / DECLARATORIA DE VACANCIA DEL CARGO / CAUSALES DEL RETIRO DEL SERVICIO / PROCEDIMIENTO SUMARIO PREVIO A LA DECLARATORIA DE VACANCIA DEL CARGO Y ABANDONO DEL CARGO

La doctrina ha definido el abandono del cargo como «el alejamiento personal de la posición pública de manera indebida. Es la dejación irregular sin causa justificada que hace el empleado público del empleo que venía ejerciendo» [...] [E]sta figura se consolida cuando el funcionario se ausenta o deja de ejercer las funciones asignadas a su cargo sin razón alguna. [...] [L]a cesación definitiva de funciones se produce, entre otras circunstancias, por abandono del cargo. Dicha causal fue reproducida por el Artículo 105 del Decreto 1950 de 1973 que prevé que el retiro del servicio se da por las siguientes causas: i) declaración de insubsistencia del nombramiento; ii) renuncia regularmente aceptada; iii) supresión del empleo; iv) invalidez absoluta; v) edad; vi) retiro con derecho a pensión de jubilación; vii) destitución; viii) abandono del cargo; ix) revocatoria del nombramiento y x) muerte. [...] [E]l Artículo 126, *ibidem*, señaló que el abandono del cargo se produce cuando un empleado, sin justa causa, no reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar; cuando no concurra al trabajo por tres días consecutivos; cuando 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 mismo decreto; y cuando se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo. En estas hipótesis legales, no se requiere adelantar proceso disciplinario para efectuar la declaratoria respectiva. A su turno, los Artículos 127 y 128, *ejusdem*, decretaron que corroborada la ocurrencia de alguna de las citadas hipótesis, la administración podría declarar la vacancia del empleo, previo el procedimiento legal, y en caso de que el servicio se vea afectado, el empleado será acreedor de las sanciones disciplinarias, penales y civiles correspondientes. En ese orden de ideas, la falta de asistencia a trabajar por parte de un funcionario, sin justificación, durante determinado tiempo, faculta a la administración para que declarara la vacancia del cargo y el consecuente abandono de este, por parte de su titular, previo al agotamiento de un procedimiento sumario en el que se demuestre la intención del servidor de dejar el empleo.

ABANDONO DEL CARGO COMO FALTA DISCIPLINARIA / ABANDONO DEL CARGO COMO CAUSAL DE RETIRO Y FALTA DISCIPLINARIA / VACANCIA DEL CARGO POR ABANDONO ES UNA DE LAS FORMAS AUTÓNOMAS ESTABLECIDAS EN LA LEY PARA LA CESACIÓN DE FUNCIONES O RETIRO DEL SERVICIO PÚBLICO

[D]icha conducta fue incluida como falta gravísima en el Artículo 48, numeral 55, de la Ley 734 de 2002, entendida como la dejación voluntaria definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor estatal, de forma injustificada, esto es, sin que exista una razón que compruebe la inasistencia. [...] «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». El Consejo de Estado, de tiempo atrás, sostenía una postura pacífica y reiterada respecto del abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio, en el sentido de indicar que no se requería del adelantamiento de un proceso disciplinario para su declaración, por cuanto consideraba «incuestionable que el abandono del cargo constituye una situación independiente, con características especiales que la distinguen de las demás causales de retiro, como se desprende del mencionado Decreto 2400 de 1968». Dicha posición se mantuvo hasta después de la entrada en vigor de la Ley 200 de 1995. [...] [L]a figura del abandono de cargo cambió radicalmente, a partir de la vigencia de la Ley 200 de 1995, porque este Código Disciplinario Único consagró, en el numeral 8 del Artículo 25, como falta gravísima, el abandono injustificado del cargo o del servicio, la cual debe ser sancionada con el retiro del servicio por destitución en los términos del Artículo 32 *ibidem*. [...] [L]a Sección consideró que el Artículo 25 del citado Decreto 2400 de 1968, junto con su reglamentación contenida en los Artículos 126 a 128 del Decreto 1950 de 1973, fueron derogados por la Ley 200 de 1995, para ser gobernado el abandono injustificado del cargo o del servicio por el régimen disciplinario establecido en esta normativa. Agregó que no existía fundamento que permitiera sostener la diferencia entre el abandono que da lugar a la vacancia del cargo y el que genera la causal disciplinaria (...) Con esta tesis, se le imponía a la entidad, para declarar la vacancia del cargo por abandono, adelantar un proceso disciplinario y si ello no ocurría el acto se encontraba viciado de nulidad, por pretermitir el trámite señalado por la ley. No obstante, la Sala Plena de la Sección Segunda, con el fin de unificar la jurisprudencia, recogió el anterior planteamiento sobre la materia, aclarando 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, advirtió que mal puede aplicarse la causal de abandono del cargo solamente precedida de 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. [...] En conclusión, es claro que la vacancia del cargo por abandono es una de las formas autónomas establecidas en la ley para la cesación de funciones o retiro del servicio público, que no exige el adelantamiento de un proceso disciplinario, sino la comprobación de tal circunstancia para proceder en la forma ordenada por la ley. Es decir, opera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración al respecto es meramente declarativo.

FUENTE FORMAL: LEY 200 DE 1995 – ARTÍCULO 25 / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 48 NUMERAL 1 / DECRETO LEY 2400 DE 1968 - ARTÍCULO 25 /

DECRETO 1950 DE 1973 - ARTÍCULO 105 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTÍCULO 113 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTÍCULO 126 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTÍCULO 127 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTÍCULO 128 / DECRETO 2277 DE 1979 - ARTÍCULO 46

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., primero (1.º) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00250-01(4642-19)

Actor: JULIO ENRIQUE FONSECA RODELO

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

Referencia: DECLARACIÓN DE VACANCIA DEL CARGO POR ABANDONO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 30 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, establecido en el Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Julio Enrique Fonseca Rodelo presentó demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad de la Resolución número 20 del 1.º de febrero de 2013, por la cual se declara el abandono del cargo de docente que ocupaba.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó (i) reintegrarlo al cargo de docente en la institución educativa, en la cual venía prestando sus servicios; ii) condenar a la entidad accionada a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, «desde mayo de 2010» hasta el día en que se haga efectivo el reintegro, debidamente indexadas; y iii) condenar a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado del demandante señaló los siguientes:

i) El señor Julio Enrique Fonseca Rodelo fue nombrado en propiedad, en el cargo de docente, por la secretaria de educación departamental de Bolívar, en el colegio departamental Candelaria Obeso, de Santa Rosa, jurisdicción de San Fernando (Bolívar), por medio del Decreto 670 de 1994, en el nivel de secundaria, en el Área de Filosofía y Ciencias Sociales, en el cual laboró de manera ininterrumpida, desde el año de 1994 hasta el 15 de abril de 2010.

ii) El 15 de abril de 2010, el docente recibió amenazas de muerte, por personas anónimas, lo atacaron con insultos por vía telefónica, lo cual motivó su salida urgente, ese mismo día, hacia la ciudad de Cartagena, de su lugar de trabajo, dejando a su familia abandonada. El 30 de abril de 2010, se fue a refugiar a Venezuela, por no encontrar respaldo de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, país donde permaneció, por temor insuperable, hasta el 14 de julio del mismo año.

iii) El 23 de noviembre de 2011, el señor Fonseca Rodelo le informó a la secretaria de educación departamental de Bolívar su situación de amenazado y aportó una declaración extraprocesal ante notario, donde narró lo sucedido. La información entregada a la secretaria fue rechazada sin conocer las razones. El 25 de enero de 2013, presentó ante la Fiscalía General de la Nación denuncia penal, por las amenazas recibidas desde el año 2010 hasta el 7 de enero de 2013.

iv) El 1.º de febrero de 2013, la Gobernación de Bolívar y la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar proferieron la Resolución número 20, por la cual se declaró la vacancia del cargo, por abandono, con el argumento de que, sin razones valederas, dejó de concurrir por tres (3) días consecutivos. Dicho acto administrativo le fue notificado el día 31 de julio de 2013.

v) El 8 de agosto, presentó recurso de reposición, el cual, hasta la fecha de presentación de la demanda no había sido resuelto, por lo cual, se

configuró el silencio negativo.

vi) El 28 de enero de 2014, se celebró audiencia de conciliación extrajudicial, ante la Procuraduría 22 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida, debido a la inexistencia de ánimo conciliatorio por parte de la entidad convocada.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales se señalaron los Artículos 2, 25 y 29 de la Constitución Política; 22 de la Ley 715 de 2001; 43 del Decreto 1278 de 2002; y 5 y 6 del Decreto 1628 de 2012. Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado del demandante expuso los argumentos que se resumen a continuación:

i) El acto administrativo demandado violó normas superiores; en especial, el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que el ente nominador vulneró el derecho a la defensa del docente, en el entendido de que no le dio la posibilidad de rendir descargos para controvertir los hechos por los cuales se le adelantaba el proceso disciplinario.

ii) La secretaria de educación nunca tuvo en cuenta la condición de amenazado del maestro, como lo establece el Decreto 1628 de 2012, el cual señala las acciones inmediatas y el reconocimiento provisional del riesgo del educador para proteger sus derechos fundamentales.

1.2. Contestación de la demanda

La apoderada del Departamento de Bolívar se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones de configuración del abandono del cargo, legalidad del acto acusado, inexistencia de la obligación en relación con las prestaciones sociales reclamadas e inexistencia de la obligación de cancelar salarios. Expuso las siguientes razones de defensa:¹

i) El demandante dejó de asistir a su trabajo por más de tres días (incluso por más de un año) a partir del 15 de abril de 2010, día en que se fue del pueblo en donde prestaba sus servicios como docente, por presuntas amenazas.

ii) La declaratoria de vacancia del cargo no exige el adelantamiento de un proceso disciplinario. Pero, adicionalmente a la comprobación física de que el empleado ha dejado de reasumir o concurrir a sus funciones, se exige que no haya acreditado justa causa para tal ausencia, tal como ocurre en el presente caso, por cuanto jamás se demostraron las supuestas amenazas y el demandante solo dio cuenta de estas, a la Secretaría de Educación de Bolívar, el 23 de noviembre de 2011, y a la Fiscalía General de la Nación, el 21 de enero de 2013, es decir, tres años después de su presunta ocurrencia, dejando sin piso la hipotética causa del abandono.

iii) El acto acusado fue proferido de conformidad con lo reglado en el Decreto 2277 de 1979, es decir, que se encuentra debidamente motivado y ajustado a la ley. Además, en sus considerandos se plasmó el pronunciamiento del Comité de Atención de Educadores Amenazados, organismo que no le reconoció la condición de amenazado por la extemporaneidad de la denuncia.

iv) La Secretaría de Educación Departamental de Bolívar acató lo señalado en el ordenamiento jurídico, pues es claro que el demandante dejó de asistir a su lugar de trabajo de manera injustificada. Por otra parte, no se desconoció el debido proceso por no haberse adelantado un proceso disciplinario, pues de la confesión del docente se pudo establecer el abandono del cargo durante más de tres años, durante los cuales continuó devengado el salario.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante sentencia del 30 de abril de 2019, denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora. Sustentó su decisión en las siguientes consideraciones:²

i) La figura del abandono del cargo comporta una causal de mala conducta y tiene como consecuencia que los docentes sean acreedores de sanciones como el aplazamiento del ascenso en el escalafón por un término de seis a doce meses; la suspensión en el escalafón hasta por seis meses; o la exclusión del escalafón, que determina la destitución del cargo.

Además, constituye una falta gravísima contemplada en el Artículo 25 de la Ley 200 de 1995, modificada por la Ley 734 de 2002, respecto de la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó 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 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. Como circunstancia autónoma, la declaratoria de vacancia del cargo no exige el adelantamiento de proceso disciplinario, ni depende del resultado que en dicho trámite se obtenga; basta que se compruebe tal causal de mala conducta para proceder en la forma ordenada por la ley.

ii) El acto acusado se encuentra debidamente motivado, en tanto de sus consideraciones se desprenden razones como la prolongada ausencia laboral del docente, desde el 15 de abril de 2010, y la justificación ante la entidad solo hasta el 23 de noviembre de 2011; aunado a que solicitó un pronunciamiento del Comité para la Atención de Educadores Amenazados, el cual, mediante Acta 006 de 9 de julio de 2012, decidió no reconocer la condición de amenazado, por ser extemporánea, por no justificar su ausencia durante dos años y no manifestar posteriores o actuales amenazas.

iii) El actor, en su presunta condición de amenazado, debió adelantar el procedimiento previsto en la Resolución 1240 del 3 de marzo de 2010, para la protección de los docentes y directivos docentes estatales que se encuentran en situación de amenaza; sin embargo, dicho trámite no fue iniciado por este antes de la configuración de la causal de mala conducta de abandono del cargo, por cuanto informó la presunta situación de amenaza ante la entidad demandada solo un año y siete meses después de su ocurrencia, sin aportar pruebas contundentes de su injustificada ausencia.

1.4. El recurso de apelación

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación³ contra la sentencia y solicitó que se revoque y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Como sustento de su pretensión expuso lo siguiente:

i) La tesis adoptada por el *a quo*, referida a que la declaratoria de vacancia del cargo no exige el adelantamiento de proceso disciplinario, ni depende del resultado que en dicho trámite se obtenga, cambió sustancialmente a partir de la vigencia del Código Único Disciplinario, que consagró como causal gravísima el abandono injustificado del cargo o del servicio, la cual debe ser sancionada con el retiro del servicio por destitución, previo un debido proceso con garantías plenas para el disciplinado, y no una posición inquisidora del ente nominador, sin prueba alguna.

ii) El demandante fue retirado de su cargo porque se le endilgó haber abandonado sus servicios de manera injustificada, lo cual quiere decir que la sustentación del acto administrativo atacado se fundó en una presunta mala conducta, que da lugar a un proceso disciplinario que no existió. Por tal razón, puede concluirse que el acto administrativo está viciado porque fue contrario a la ley y a la Constitución, al no garantizarle el derecho a la defensa.

iii) La situación fáctica del presente proceso, es la de un docente oficial amenazado de muerte por más de un año, en épocas duras del conflicto armado, hechos que lo llevaron a buscar refugio en el país vecino de Venezuela, y actuar bajo un miedo insuperable. Con el temor de que su familia fuera asesinada, le informó a la demandada, unos meses después, sobre sus amenazas de muerte, por cuanto le resultó imposible hacerlo de manera inmediata, por la zona donde se encontraba.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. El demandante

El apoderado del señor Fonseca Rodelo recorrió el término para alegar y reiteró los argumentos invocados en la demanda y en el recurso de apelación.⁴

1.5.2. El Departamento de Bolívar

La entidad demanda en el escrito de alegatos reprodujo los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.⁵

1.6. El Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto⁶.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer si el demandante, en su condición de docente al servicio del Departamento de Bolívar, incurrió en la causal de abandono del cargo, que dio lugar a la declaratoria de vacancia del cargo.

2.2. Marco normativo

2.2.1. Del abandono del cargo como causal de retiro del servicio

La doctrina ha definido el abandono del cargo como «el alejamiento personal de la posición pública de manera indebida. Es la dejación irregular sin causa justificada que hace el empleado público del empleo que venía ejerciendo»⁷. En otras palabras, esta figura se consolida cuando el funcionario se ausenta o deja de ejercer las funciones asignadas a su cargo sin razón alguna.⁸

Al respecto, el Decreto Ley 2400 de 1968,⁹ en el Artículo 25, dispuso que la cesación definitiva de funciones se produce, entre otras circunstancias, por abandono del cargo. Dicha causal fue reproducida por el Artículo 105 del Decreto 1950 de 1973¹⁰ que prevé que el retiro del servicio se da por las siguientes causas: i) declaración de insubsistencia del nombramiento; ii) renuncia regularmente aceptada; iii) supresión del empleo; iv) invalidez absoluta; v) edad; vi) retiro con derecho a pensión de jubilación; vii) destitución; viii) abandono del cargo; ix) revocatoria del nombramiento y x) muerte.

Por su parte, el Artículo 126, *ibidem*, señaló que el abandono del cargo se produce cuando un empleado, sin justa causa, no reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar; cuando no concurra al trabajo por tres días consecutivos; cuando 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 mismo decreto; y cuando se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo. En estas hipótesis legales, no se requiere adelantar proceso disciplinario para efectuar la declaratoria respectiva.

A su turno, los Artículos 127 y 128, *ejusdem*, decretaron que corroborada la ocurrencia de alguna de las citadas hipótesis, la administración podría declarar la vacancia del empleo, previo el procedimiento legal,¹¹ y en caso de que el servicio se vea afectado, el empleado será acreedor de las sanciones disciplinarias, penales y civiles correspondientes.

En ese orden de ideas, la falta de asistencia a trabajar por parte de un funcionario, sin justificación, durante determinado tiempo, faculta a la administración para que declare la vacancia del cargo y el consecuente abandono de este, por parte de su titular, previo al agotamiento de un procedimiento sumario en el que se demuestre la intención del servidor de dejar el empleo.

2.2.2. Del abandono del cargo docente

El Decreto 2277 de 1979, por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente, regula dicha situación como se transcribe a continuación:

ARTÍCULO 46. Causales de mala conducta. Los siguientes hechos debidamente comprobados constituyen causales de mala conducta;

- a. La asistencia habitual al sitio de trabajo en estado de embriaguez o la toxicomanía;
- b. El homosexualismo o la práctica de aberraciones sexuales;
- c. La malversación de fondos y bienes escolares o cooperativos;
- d. El tráfico con calificaciones, certificados de estudio, de trabajo o documentos públicos;
- e. Aplicación de castigos denigrantes o físicos a los educandos;
- f. El incumplimiento sistemático de los deberes o la violación reiterada de las prohibiciones;
- g. El ser condenado por delito o delitos dolosos;
- h. El uso de documentos o informaciones falsas para inscripción o ascenso en el escalafón, o para obtener nombramientos, traslados, licencias o comisiones;
- i. La utilización de la cátedra para hacer proselitismo político;
- j. El abandono de cargo.

ARTÍCULO 47. Abandono del cargo. El abandono del cargo se produce cuando el docente sin justa causa no reasume sus funciones dentro de los tres días siguientes al vencimiento de una licencia, una comisión o de las vacaciones reglamentarias; cuando deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos; cuando en caso de renuncia, hace dejación del cargo antes de que se le autorice para separarse del mismo o antes de transcurridos quince (15) días después de presentada y cuando no asume el cargo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se le comunique un traslado. En estos casos la autoridad nominadora sin concepto previo de la respectiva Junta de Escalafón, presumirá el abandono de cargo y podrá decretar la suspensión provisional del docente, mientras la Junta decide sobre la sanción definitiva de acuerdo con los plazos establecidos en el Artículo 53 del presente Decreto.

ARTÍCULO 49. Sanciones por mala conducta. Los docentes que incurran en las causales de mala conducta establecidas en este Decreto se harán acreedores a las siguientes sanciones:

1. Aplazamiento del ascenso en el escalafón por un término de seis (6) a doce (12) meses;
2. Suspensión en el escalafón hasta por seis (6) meses que ocasiona la pérdida de los derechos y garantías de la carrera docente por el término de la suspensión, y la pérdida del tiempo de suspensión para los efectos de ascenso en el escalafón.
3. Exclusión del escalafón que determina la destitución del cargo.

Parágrafo. Las sanciones establecidas en el presente Artículo serán impuestas por la respectiva Junta Seccional de Escalafón, la cual dará aviso inmediato a la autoridad nominadora para que dicte la providencia correspondiente.

2.2.2. Del abandono del cargo como falta disciplinaria

La Ley 200 de 1995, en el Artículo 25, dispuso:

ARTÍCULO 25. Faltas gravísimas. Se consideran faltas gravísimas:

[...]

8. El abandono injustificado del cargo o del servicio.

[...]

Posteriormente, dicha conducta fue incluida como falta gravísima en el Artículo 48, numeral 55, de la Ley 734 de 2002, entendida como la dejación voluntaria definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor estatal, de forma injustificada, esto es, sin que exista una razón que compruebe la inasistencia.¹²

En palabras de la Corte Constitucional, «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».¹³

2.3. Jurisprudencia sobre el abandono del cargo como causal de retiro y falta disciplinaria

El Consejo de Estado, de tiempo atrás, sostenía una postura pacífica y reiterada respecto del abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio, en el sentido de indicar que no se requería del adelantamiento de un proceso disciplinario para su declaración, por cuanto consideraba «incuestionable que el abandono del cargo constituye una situación independiente, con características especiales que la distinguen de las demás causales de retiro, como se desprende del mencionado Decreto 2400 de 1968».¹⁴ Dicha posición se mantuvo hasta después de la entrada en vigor de la Ley 200 de 1995.

Así, en sentencias del 21 de junio de 2001¹⁵ y de 18 de noviembre de 2004,¹⁶ entre otras, advirtió que la figura del abandono de cargo cambió radicalmente, a partir de la vigencia de la Ley 200 de 1995, porque este Código Disciplinario Único consagró, en el numeral 8 del Artículo 25, como falta gravísima, el abandono injustificado del cargo o del servicio, la cual debe ser sancionada con el retiro del servicio por destitución en los términos del Artículo 32 *ibidem*.

De acuerdo con el cambio de postura, la Sección consideró que el Artículo 25 del citado Decreto 2400 de 1968, junto con su reglamentación contenida en los Artículos 126 a 128 del Decreto 1950 de 1973, fueron derogados por la Ley 200 de 1995, para ser gobernado el abandono injustificado del cargo o del servicio por el régimen disciplinario establecido en esta normativa. Agregó que no existía fundamento que permitiera sostener la diferencia entre el abandono que da lugar a la vacancia del cargo y el que genera la causal disciplinaria, pues la norma que así lo consagraba fue derogada por la nueva ley disciplinaria. Con esta tesis, se le imponía a la entidad, para declarar la vacancia del cargo por abandono, adelantar un proceso disciplinario y si ello no ocurría el acto se encontraba viciado de nulidad, por pretermitir el trámite señalado por la ley.

No obstante, la Sala Plena de la Sección Segunda, con el fin de unificar la jurisprudencia,¹⁷ recogió el anterior planteamiento sobre la materia, aclarando 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, advirtió que mal puede aplicarse la causal de abandono del cargo solamente precedida de 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. Así discurrió la sala:

[...] 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.

Esta causal de retiro para los empleados públicos de carrera es consagrada en igual sentido, es decir, en forma autónoma, en las leyes que han gobernado el sistema de carrera (ley 27 de 1992 - art. 7; Ley 443 - art. 37 y Ley 909 de 2004-art.41).

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.

(...)

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.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del Artículo 37 literal g) de la Ley 443 de 1998, en la sentencia C-088 de 2002, indicó que dicha conducta como causal de retiro difiere de la falta disciplinaria, lo que implica la no vulneración al principio del *non bis in idem*, en los siguientes términos:

[...]la carrera administrativa y el derecho disciplinario tienen empero diferencias profundas, pues el régimen de carrera está fundado en el mérito y se centra en asegurar ante todo la eficacia y continuidad de la actividad estatal, mientras que los procesos disciplinarios protegen preferentemente la moralidad de la administración, y por ello se centran en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios.

[...]

10- Conforme a lo anterior, 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 idem*, por cuanto los propósitos de ambas normatividades son diversos, para efectos de la prohibición del doble enjuiciamiento. En tales circunstancias, nada hay de inconstitucional en que la norma acusada prevea que el abandono del cargo es una causal de retiro del servicio del empleado, aunque el CDU hubiera ya establecido que esa misma conducta constituía una falta disciplinaria, por cuanto la finalidad de los dos regímenes es distinta [...].

Posteriormente, al estudiar la figura del abandono del cargo, establecida como causal de retiro del servicio del servicio, en el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, la Corte, en la sentencia C-1189 de 2005 indicó:

[...]

No cabe duda de 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.

En conclusión, es claro que la vacancia del cargo por abandono es una de las formas autónomas establecidas en la ley para la cesación de funciones o retiro del servicio público, que no exige el adelantamiento de un proceso disciplinario, sino la comprobación de tal circunstancia para proceder en la forma ordenada por la ley. Es decir, opera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración al respecto es meramente declarativo.

2.3. Hechos probados

De conformidad con el acervo probatorio, que obra dentro del proceso, la sala encuentra acreditados los siguientes:

i) El 10 de agosto de 1994, por medio del Decreto 670, el gobernador de Bolívar nombró al señor Julio Enrique Fonseca Rodelo, para desempeñar el cargo de docente de tiempo completo, en el Colegio Departamental Candelaria Obeso, de Santa Rosa, jurisdicción de San Fernando (Bolívar), en la especialidad de Filosofía y Ciencias Sociales,¹⁹ del cual tomó posesión el 25 de agosto siguiente, según acta de la fecha.¹⁹

ii) El 21 de noviembre de 2011, el señor Fonseca Rodelo presentó declaración extrajuicio, ante la Notaría Única del Círculo de Mompos (Bolívar), en la cual expuso los hechos que se resumen a continuación:²⁰

- El 15 de abril de 2011, en las horas de la noche, recibió una llamada a su teléfono celular en la que un hombre con voz nerviosa le dijo que se volara, porque si aparecía al día siguiente o cualquier otro día en el Colegio lo matarían. Por esta razón, sin decirle nada a nadie, decidió irse a Cartagena. Allá le contó a su esposa, quien le sugirió que expusiera su caso en la Secretaría de Educación; sin embargo, por miedo, prefirió no hacerlo, al recordar casos de amenazados de muerte a los que nunca les prestaron atención, algunos de los cuales están muertos.

- El 30 de abril de 2010 huyó a Venezuela, donde estuvo hasta el 14 de julio de 2010, en casa de un amigo, cuando su esposa lo llamó para pedirle que volviera, porque ella debía empezar a laborar y su pequeña hija necesitaba quien la cuidara. Desde entonces, se mantuvo en la clandestinidad, en su propia tierra, sin salir de su casa, con las puertas cerradas, sin atreverse a denunciar, por falta de dinero y por miedo.

- Sin querer acusar a nadie, con la única persona que recordó haber tenido algunas diferencias fue con el rector de la institución educativa, debido al cambio en la carga académica que tenía asignada.

iii) El 23 de noviembre de 2011, el actor informó a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar su situación de amenazado.²¹

iv) El 4 de junio de 2012, según se consignó en el acto acusado,²² el demandante radicó ante el Comité para la Atención de Educadores Amenazados, el 4 de junio de 2012, un escrito en el que manifestó que tuvo que ausentarse de manera involuntaria del servicio por las amenazas de muerte que recibió, y solicitó el reconocimiento de la calidad de amenazado y el reintegro a su cargo. Para el efecto, aportó copia de declaración extraproceso rendida ante notario. El Comité decidió:

Estudio y valoración: Lo primero que advierte este Comité es que la solicitud de reconocimiento de la condición de amenazado es tan extemporánea que a la fecha de hoy han pasado más de dos años, tiempo en que el docente (sin que se entienda como un calificativo jurídico) literalmente abandonó el cargo por cuanto no comunicó por ningún medio y sin ninguna justificación su ausencia, lo que de contera y sin que fuese el conducto regular, conjuró la amenaza por ausencia material del amenazado en el lugar donde se originó la misma. Así las cosas, a esta fecha no resulta apropiado solicitar un estudio de nivel de riesgo después de haber pasado tanto tiempo desde la ocurrencia de los hechos, porque entre otras cosas, el docente no ha manifestado posteriores o actuales amenazas. [...].

Decisión: No reconocer la solicitada condición de amenazado y compulsar copias del caso a la Unidad Administrativa y Laboral para lo de su competencia y fines pertinentes.

v) El 25 de enero de 2013, presentó denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación, por las amenazas de muerte recibidas en el año 2010, reiteradas el 26 de diciembre de 2012 y el 7 de enero de 2013.²³

vi) El 1.º de febrero de 2013, mediante la Resolución número 20, el gobernador de Bolívar declaró la vacancia del cargo docente de la planta de personal de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar, por abandono por parte de su titular Julio Enrique Fonseca Rodelo.²⁴

vii) El 31 de julio de 2013, le fue notificada la decisión al docente, se le entregó copia íntegra de esta y se le indicó que procedía el recurso de reposición.²⁵

viii) El 8 de agosto de 2013, el interesado interpuso el mencionado recurso, el cual, a la fecha de presentación de la demanda —21 de mayo de 2014— no había sido resuelto.²⁶

2.4. Análisis de la Sala

Como quedó visto, la declaratoria de vacancia por abandono del cargo no requiere que se adelante de manera previa una actuación disciplinaria. Por ende, mal puede aplicarse dicha causal después de adelantar 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.

En el sub lite, el apelante sostiene que su ausencia del trabajo se encuentra justificada en las amenazas que recibió contra su integridad física. No obstante, como lo advirtió el *a quo*, el demandante se ausentó del servicio desde el 15 de abril de 2010 y solo puso en conocimiento de la Secretaría de Educación su situación de amenazado, mediante escrito radicado el 23 de noviembre de 2011, es decir, un año y siete meses después. De igual manera, denunció el hecho en la Fiscalía General de la Nación, el 23 de enero de 2013. No obstante, no aportó ninguna prueba de las supuestas amenazas.

Además, como se consignó en el acto acusado —Resolución 20 del 1.º de febrero de 2013— la situación de amenazado fue puesta en conocimiento del Comité para la Atención de Educadores Amenazados, el 4 de junio de 2012, en el que manifestó que tuvo que ausentarse de manera involuntaria del servicio por las amenazas de muerte que recibió, y solicitó el reconocimiento de la calidad de amenazado y el reintegro a su cargo. Sin embargo, tampoco aportó prueba alguna y solo allegó copia de la declaración extraproceso que rindió ante notario. Por tal razón, el Comité decidió no reconocer la condición de amenazado pretendida, debido a la extemporaneidad de la solicitud, teniendo en cuenta que las presuntas amenazas tuvieron ocurrencia el 15 de abril de 2010 y la petición se presentó el 4 de junio de 2012, cuando habían transcurrido más de dos años.

En consonancia con lo decidido por el Comité, y ante la falta de evidencias y la omisión en comunicar su situación «en procura de tomar las medidas tanto tendientes a su seguridad personal como a lograr la mínima afectación del servicio educativo», el gobernador de Bolívar resolvió declarar la vacancia del cargo, por abandono, por parte de su titular.

En ese sentido, no puede afirmarse que la administración actuó sin indagar las causas de la ausencia del servicio del demandante, pues el gobernador sustentó su decisión en la confesión de este, referida a que abandonó su lugar de trabajo sin decirle nada a nadie, debido a las amenazas de que fue objeto; sin embargo, no consideró necesario requerirlo para que explicara su reprochable conducta, ya que encontró

suficiente ilustración en los «extensos» memoriales allegados. Además, tuvo en cuenta la decisión del Comité para la Atención de Educadores Amenazados, en la que encontró respaldo.

Por lo anterior, coincide esta Sala con el criterio adoptado por el *a quo*, en cuanto que el demandante no justificó oportunamente su ausencia del trabajo por más de 3 días consecutivos, y en ese sentido, no se encuentra demostrada la violación del debido proceso y del debido proceso, pues la entidad solo definió su situación el 1.º de febrero de 2013, pese a que se había ausentado del servicio desde el 15 de abril de 2010. Así las cosas, es claro que las razones que motivaron la expedición del acto administrativo demandado se ajustaron al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como el demandante alega que no se le dio la oportunidad de presentar descargos, la sala debe precisar que, aunque es deber de la administración determinar si la ausencia es o no justificada y, por ende, debe concederle al empleado la oportunidad de explicar su conducta omisiva, ello no significa, en modo alguno, que obligatoriamente tenga que ser en una audiencia de descargos, como lo plantea el demandante, sino que debe cumplirse un procedimiento en donde prevalezca el debido proceso, entendiéndose por tal, la oportunidad de pedir pruebas, contradecirlas y, en general, ejercer el derecho de defensa, toda vez que la carga probatoria recae sobre el empleado ausente.

No obstante, en el *sub lite*, además de la comprobación física de que el empleado dejó de concurrir a sus funciones desde el 15 de abril de 2010, no acreditó una justa causa de su ausencia, por cuanto las presuntas amenazas, además de que se denunciaron de manera extemporánea, jamás fueron demostradas. En efecto, el demandante dio cuenta de las supuestas intimidaciones, a la Secretaría de Educación de Bolívar, el 23 de noviembre de 2011, y a la Fiscalía General de la Nación, el 21 de enero de 2013, es decir, solo cuando habían transcurrido casi dos años de haberse configurado el abandono del cargo, pero sin sustento probatorio alguno. Por esta razón, el nominador contaba con argumentos suficientes para definir que la ausencia del empleo no tuvo justa causa y proceder, como lo hizo, a declarar la vacancia del cargo, por abandono, sin necesidad de adelantar un trámite adicional.

En consecuencia, comoquiera que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto acusado, la sala confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

2.5. De la condena en costas

Conforme con la interpretación del Artículo 188 del cpaca que advierte para la fijación de las costas un criterio objetivo valorativo, sin que sea necesario analizar la conducta de las partes y, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso²⁷, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte actora debido a que el recurso de apelación no prosperó y en consideración a que la entidad demandada presentó alegatos de conclusión.

3. Conclusión

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos, fáctica y jurídicamente, al asunto que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala considera que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, toda vez que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero. Confirmar la sentencia del 30 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda presentada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por el señor Julio Enrique Fonseca Rodelo contra el Departamento de Bolívar.

Segundo. Condenar en costas a la parte actora, las cuales serán liquidadas por el Tribunal.

Devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones respectivas en el aplicativo SAMAI.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el Artículo 186 del CPACA.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 53 al 62.
2. Folios 155 al 165.
3. Folios 456 a 479.
4. Memorial enviado por correo electrónico, adjuntado a SAMAI
5. *Ibidem*
6. Constancia secretarial visible en el folio 184.
7. José María OBANDO GARRIDO. Tratado de derecho administrativo laboral. 3.ª edición. Doctrina y Ley Ltda. Bogotá (Colombia) 2010. Pág. 286.
8. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de junio de 2018, radicado 18001-23-31-000-2006-00498-01(2771-16).
9. «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones».
10. «Por el cual se reglamentan los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil».
11. No se especifica qué tipo de procedimiento.
12. Corte Constitucional, sentencia C-768/98 del 10 de diciembre de 1998, expediente D-2086, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.
13. *Ibidem*
14. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, sentencias del 15 de julio de 1981, radicado: 3361, consejero ponente: José Gabriel Salom B; del 29 de agosto de 1986, radicado: 1330, consejero ponente: Joaquín Vanín Tello; del 8 de septiembre de 1989, radicado 1117, consejera ponente: Clara Forero de Castro; del 19 de noviembre de 1991, radicado 1481, consejera ponente: Dolly Pedraza de Arenas.
15. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de junio de 2001, radicado: 05001-23-31-000-1996-0885-01(533-00), consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda.
16. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de noviembre de 2004, radicado: 73001-23-31-000-2002-01101-01(5620-03), consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero.
17. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 22 de septiembre de 2005, radicado: 11001-03-25-000-2003-00244-01(2103-03), consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

18. Folios 9 y 10.

19. Folio 11.

20. Folios 13 al 17.

21. Fecha que se encuentra consignada en el acto acusado, por el cual se declaró la vacancia del cargo. Folio 22.

22. Folio 23.

23. Folios 19 al 21.

24. Folio 24 al 25.

25. Folio 26.

26. Folios 33 al 35.

Nota: El recurso fue decidido por medio de la Resolución 1266 del 1.º de septiembre de 2014, confirmando la decisión. Folios 118 al 120.

27. «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

Fecha y hora de creación: 2024-10-06 09:18:46