



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 217931

Fecha: 22/06/2021

Bogotá D.C.

REF: RETIRO DEL SERVICIO. Renuncia y aceptación. **RAD. 20219000455292** y **20219000455342** del 01 de junio de 2021.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual nos informa su situación particular presentada en la Institución Educativa María Auxiliadora del Municipio de Buenos Aires Cauca, donde manifiesta que se vio en la obligación de presentar renuncia motivada al cargo de docente en propiedad, no obstante, a la fecha aparece en las bases de datos de talento humano como docente activo, con una denuncia por abandono del cargo, cuando la verdad es que lleva más de tres (03) años sin poder laborar porque a pesar de que se desvinculó materialmente de la gobernación del Cauca, al no existir acto administrativo de desvinculación formal, no ha podido vincularse con otra entidad, ni retirar su cesantías, se pregunta.

1. Cuál es la situación administrativa en la que me encuentro en realidad, si no estoy inmerso en ninguna de las situaciones administrativas contempladas por el art. 50 del Decreto 1278 de 2002, y mucho menos, me encuentro incurso en ningún caso de cesación definitiva de las funciones docentes especificada por el art. 63 ibidem, si hasta la fecha no se ha aceptado regularmente la renuncia.

2. Se configuró abandono de Cargo para el presente caso, si para el momento de mi renuncia y posterior retiro, no tenía asignada carga académica.

3. Si se configuró abandono de cargo, cuál es la normatividad aplicable si el estatuto de profesionalización docente, Decreto 1278 de 2002, como norma especial, ya no contempla regulación disciplinaria para los docentes oficiales.

4. Ha incurrido la SED-Cauca en algún error de tipo fiscal, disciplinario, o laboral al tenerme vinculado formalmente, a pesar de no prestar mis servicios hace más de tres años.

5. Deberá la SED-Cauca emitir acto administrativo de desvinculación laboral.

6. O, Por el contrario, Deberá la SED-Cauca asignarme la carga académica que me quitó el rector antes de mi renuncia y reintegrarme materialmente a mi plaza en propiedad, superando el acoso laboral.

Frente a las preguntas formuladas, me permito manifestarle lo siguiente.

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración concreta de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos y no se encuentra facultado para ni dirimir controversias, competencias atribuida a los Jueces de la República.

Por consiguiente, la resolución de los asuntos particulares corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la

autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

Así las cosas, será la propia entidad pública, la facultada para atender la solicitud, dado que es quien conoce de manera detallada su relación laboral, y en tal sentido, es la llamada a absolver los planteamientos formulados.

No obstante, a modo de información general, en relación con la renuncia, el Decreto Ley 1278 de 2002, «Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente», expresa:

«ARTÍCULO 63. Retiro del servicio. *La cesación definitiva de las funciones docentes o directivos docentes de los educadores estatales se produce en los siguientes casos:*

- a) *Por renuncia regularmente aceptada;*
- b) *Por obtención de la jubilación o pensión de vejez, gracia o invalidez;*
- c) *Por muerte del educador;*
- d) *Por la exclusión del escalafón como consecuencia de calificación no satisfactoria en la evaluación o de desempeño;*
- e) *Por incapacidad continua superior a 6 meses;*
- f) *Por inhabilidad sobreviniente;*
- g) *Por supresión del cargo con derecho a indemnización;*

h) Por pérdida de la capacidad laboral docente, de acuerdo con las normas que regulan la seguridad social;

i) Por edad de retiro forzoso;

j) Por destitución o desvinculación como consecuencia de investigación disciplinaria;

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

l) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para desempeñar el empleo, de conformidad con el Artículo 5º de la Ley 190 de 1995, normas que la modifiquen o deroguen.

m) Por orden o decisión judicial;

n) Por no superar satisfactoriamente el periodo de prueba;

o) Por haber sido condenado a pena privativa de la libertad por delito doloso;

p) Por las demás causales que determinen la Constitución, las leyes y los reglamentos.

ARTÍCULO 64. Exclusión del Escalafón Docente. *El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el Artículo anterior conlleva la exclusión del escalafón docente y la pérdida de los derechos de carrera.» (Destacado nuestro)*

De acuerdo con lo expuesto, se considera que todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

Puede inferirse que la renuncia a un empleo es un acto unilateral, libre y espontáneo del servidor público, mediante el cual éste expresa su voluntad de dejar el cargo que ocupa, para que la Administración aceptando esa solicitud lo desvincule del empleo que viene ejerciendo, en ese sentido, se precisa que la renuncia a un empleo no debe motivarse.

Si en el escrito de renuncia el empleado indica la fecha de su efectividad, no será procedente que la administración acepte la misma con efectos a partir de una fecha diferente de la que ha señalado el empleado, dado que el retiro del servicio se produce por la voluntad de éste, y no por decisión unilateral de la administración. Así las cosas, la administración deberá respetar la fecha prevista voluntariamente por el empleado en el escrito de renuncia, ya que desconocerla implicaría una modificación unilateral de la voluntad del dimitente en cuanto al señalamiento de la fecha de dejación del cargo.

De otra parte, es pertinente precisar que el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo, y la fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en abandono del empleo.

La Corte Constitucional en sentencia C-1189 de 2005, en relación al abandono del cargo, afirmó:

«(...) 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.

(...) la Corte Constitucional ha establecido que la coexistencia del abandono del cargo como causal de retiro del servicio en el régimen de la administración pública y como falta gravísima en el Derecho Disciplinario no implica la vulneración de la prohibición del doble enjuiciamiento o principio constitucional del non bis in ídem, sino que los dos regímenes están regidos por principios, funciones y finalidades diversos y que, si bien la posibilidad para la autoridad administrativa de declarar la vacancia del empleo ante la configuración de la causal de abandono del mismo

conlleva una consecuencia negativa para el servidor o el funcionario público, ésta no constituye una medida sancionatoria;”

De esta manera, al igual que en aquella oportunidad, estima esta Corporación que la norma no tiene una proyección disciplinaria ni constituye una sanción que se enmarque en dicho ámbito. Como se planteó en líneas precedentes del presente fallo, este Tribunal Constitucional encuentra que el retiro del servicio del empleado que incurra en abandono del cargo es una medida administrativa consecuente con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209) que rigen la administración pública, en tanto la misma debe contar con la posibilidad de proveer rápidamente un cargo que ha sido abandonado, para que un funcionario entre a cumplir las labores idóneamente, a fin de evitar traumatismos en la marcha de la administración. El proceso disciplinario, por el contrario, estaría dirigido, principalmente, a establecer la responsabilidad individual del funcionario, a fin de imponerle la sanción respectiva.”

(...) No cabe duda que en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido constante y reiterada la consagración del abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio para los empleados de la administración pública. Lo anterior, en atención a la necesidad de hacer más flexible y expedita la separación del cargo de aquellos empleados cuya conducta configure abandono del mismo, en detrimento del normal desempeño de las actividades que debe desarrollar la entidad. Allí precisamente encuentra justificación esta medida, pues no se puede perder de vista que la función administrativa debe tender al logro de los fines esenciales del Estado, regidos, entre otros, por los principios de eficiencia, eficacia y celeridad.

42.- No obstante, es de vital importancia recordar que la decisión de retiro del servicio de un empleado público tiene lugar mediante un acto administrativo de carácter particular y concreto para cuya expedición debe cumplirse el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo, esto es, que la actuación que de oficio inicie la administración, con el fin de retirar del servicio a un empleado -sea éste de carrera o de libre nombramiento y remoción-, le debe ser comunicada, para efectos de que éste pueda ejercer su derecho de defensa, al ser oído por la autoridad administrativa competente, así como para contar con la oportunidad de aportar y controvertir las pruebas que le sean adversas.

43.- Estas garantías propias del derecho fundamental al debido proceso tienen una importancia enorme en el caso de retiro del servicio por abandono del cargo de los empleados de libre nombramiento y remoción, si se tiene en cuenta que el acto administrativo mediante el cual dicha desvinculación se produce no requiere ser motivada, lo cual imposibilita al empleado afectado controvertir la validez de la decisión mediante el agotamiento de los recursos de la vía gubernativa. No menos vital resulta, sin embargo, el respeto de las garantías enunciadas en el caso del retiro del servicio de los empleados de carrera, pues si bien esta resolución necesariamente debe estar motivada de manera suficiente y adecuada, se trata de una decisión que afecta directamente la estabilidad laboral reforzada con la que cuentan estos empleados en condición de tales. Por lo anterior, la administración debe adelantar el procedimiento correspondiente y, eventualmente, expedir el acto administrativo de desvinculación, sin desconocimiento de los derechos de contradicción y defensa del empleado afectado.

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

En efecto, si bien la medida administrativa de retiro del servicio por abandono del cargo no configura una medida sancionatoria, dadas las diferencias puestas de presente en esta providencia, la gravedad de las consecuencias que se desprenden de dicha medida, hace indispensable que el funcionario cuente con las garantías del debido proceso (defensa y contradicción), **previa** expedición del acto administrativo de retiro del servicio. De esta manera, estima esta Corporación que los controles posteriores que pueda ejercer el funcionario, resultan insuficientes para garantizar el respeto de su derecho fundamental al debido proceso.

45.- Como conclusión surge, pues, que cualquiera que sea el ámbito al que se refiera una causal de retiro, y con el fin de garantizar los principios generales de estabilidad y de carrera administrativa consagrados en la Carta, así como el respeto de los derechos fundamentales de aquellos empleados que no hagan parte del régimen de carrera, es preciso garantizar un debido proceso que excluya

*la arbitrariedad y brinde al funcionario la oportunidad de controvertir las razones de su eventual desvinculación, **antes** de que ésta se produzca.» (Subrayado fuera de texto)*

La Corte en Sentencia T-424 de 2010, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez, señaló:

«En suma, de conformidad con esta providencia de la Corte Constitucional, antes de expedir un acto administrativo de retiro del servicio por la causal de declaratoria de vacancia del empleo por abandono del mismo, el funcionario administrativo debe dar cumplimiento al procedimiento establecido en el primer inciso del Artículo 35 del CCA. Es decir que, previo a la expedición del acto administrativo, se le debe comunicar al interesado la situación para que éste tenga la oportunidad de ser oído, de aportar pruebas y contradecir las que le sean adversas y, en ese orden de ideas, se adopte una decisión sobre la situación administrativa a la que el funcionario se enfrenta.»

Los anteriores criterios jurisprudenciales permiten evidenciar que la declaratoria de vacancia del empleo por abandono del mismo, constituye una causal autónoma de retiro de servicio y de pérdida de los derechos de carrera administrativa del personal inscrito en el escalafón de la misma, que es ajena al ámbito disciplinario, en cuanto su finalidad está orientada a permitir a la administración proveer de manera expedita un cargo que ha sido abandonado, para que otro funcionario entre a cumplir las labores y responsabilidades asignadas al mismo, en orden a evitar traumatismos innecesarios en la buena marcha de la administración, sin que ello implique para la Administración la omisión del deber de garantizar al empleado que da lugar a la configuración de la causal, el debido proceso administrativo.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, en Sentencia del 19 de enero de 2006, se pronunció sobre el tema de la declaratoria de vacancia del empleo por abandono del cargo en los siguientes términos:

«... 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...

El abandono del cargo, per se, tiene la categoría suficiente para hacer viable la separación del servicio...” (Subrayado fuera de texto).

De otra parte, le informo que la Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único” preceptúa:

«ARTÍCULO 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

55. El abandono injustificado del cargo, función o servicio.»

<Jurisprudencia - Vigencia> - El texto de este numeral, que en similar sentido corresponde al Artículo 25, Numeral 8o. de la Ley 200 de 1995, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-769-98 del 10 de diciembre de 1998, Magistrado Ponente, Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Lo anterior, para reiterar que no se requiere el agotamiento de un proceso disciplinario para declarar la vacancia de un cargo; la administración debe verificar el hecho que configura el abandono y la ausencia, para proceder a declarar la vacancia. En consecuencia, si el empleado demuestra la existencia de una causa justificativa del tal abandono, la administración está obligada a revocar su determinación o abstenerse de declararla, por cuanto la causal alegada no se ha configurado.

De acuerdo con lo anterior, en casos de abandono del cargo, la administración debe adelantar un procedimiento que permita ejercer el derecho de contradicción y defensa del empleado afectado y expedir el acto administrativo declarando la vacancia, por cuanto, para la configuración del abandono, éste debe estar precedido de una causa no justificada.

Es decir, cualquier decisión de retiro del servicio, debe estar mediada por el cumplimiento de un procedimiento administrativo que garantice el debido proceso del afectado, como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Finalmente, en cuanto a su inquietud relacionada con si la SED-Cauca ha incurrido en algún error de tipo fiscal, disciplinario, o laboral al tenerlo vinculado formalmente, a pesar de no prestar sus servicios hace más de tres años, de conformidad con el Decreto 430 ibidem, no es de nuestra competencia pronunciarnos sobre el particular.

De acuerdo con lo señalado en el Decreto 430 de 2016, no es de nuestra competencia pronunciarnos sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los Jueces de la República. Así mismo, en cuanto a su inquietud si la SED-Cauca ha incurrido en algún error de tipo fiscal, disciplinario, o laboral al tenerlo vinculado formalmente, a pesar de no prestar sus servicios hace más de tres años, de conformidad con el Decreto 430 ibidem, no es de nuestra competencia pronunciarnos sobre el particular.

Con 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 [/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: Luz Rojas

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.