



Cartagena de Indias, D. T. y C., treinta y uno (31) de julio de dos mil dieciocho (2018)

<b>Acción:</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado No:</b>	<b>13001-33-33-000-2013-00651-00</b>
<b>Accionante:</b>	<b>OCTAVIO CASTELLANO LALINDE</b>
<b>Accionado:</b>	<b>DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR</b>
<b>Tema:</b>	<b>ABANDONO DEL CARGO DOCENTE</b>
<b>Magistrado Ponente:</b>	<b>LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ</b>

Procede la Sala a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro de la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por el señor OCTAVIO CASTELLANO LALINDE en contra del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

## **I.- ANTECEDENTES**

### **1. LA DEMANDA<sup>1</sup>.**

#### **1.1 Pretensiones.**

1. Se declare la nulidad de la Resolución No. 24 del 1º de febrero de 2013, expedida por el Gobernador de Bolívar, por la cual se declaró la vacancia del cargo docente de la planta de personal de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar, por abandono del mismo por parte del actor.

2. Como consecuencia de lo anterior, reintegrar al actor, sin solución de continuidad, al cargo de docente de biología y química en la Institución Educativa Técnica Industrial de Turbana o en una cercana, teniendo en cuenta las condiciones de salud del actor, y en los términos establecidos por el Decreto 2277 de 1979, asignarle de manera definitiva la carga académica correspondiente a su perfil vocacional.

3. Pagar al actor los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la desvinculación en el mes de marzo de 2012, hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrado.

<sup>1</sup> Folios 1 - 16



## 1.2 Hechos

Se resume así:

El actor fue nombrado mediante Decreto No. 35 del 1º de enero de 1986 como docente en la zona rural del Municipio de Magangué, y debido al desplazamiento diario durante 20 años contrajo una hernia discal; fue trasladado a la concentración José Celestino Mutis del Municipio de Turbana, y encontrándose allí lo nombraron Asesor Código 105 grado 2, para laborar en la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar en un cargo de libre nombramiento y remoción, el cual ocupó por 7 años, aceptándose la renuncia voluntaria a dicho cargo mediante Decreto No. 162 del 26 de marzo de 2003.

Al solicitar el reintegro a la institución José Celestino Mutis, la rectora le manifestó que no existía su antigua carga académica; por ello, se dirigió a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar donde verbalmente le informaron que mediante Resolución No. 0308 del 20 de octubre de 2009 fue trasladado a la I.E. de Puerto Badel, Municipio de Arjona, y al presentarse a esa institución el rector le comunicó que no existía carga académica.

Por lo anterior, le solicitó nuevamente a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, por escrito y verbalmente, que le resolvieran el problema de la falta de asignación académica, indicándosele que debía esperar que se diera una vacancia para ello, situación que aún persiste, suspendiéndose el pago de los sueldos y prestaciones sociales del docente desde el mes de marzo de 2012, alegando la administración el abandono del cargo.

Aunado a lo anterior, le compulsan copia a la Oficina de Control Disciplinario de la Gobernación de Bolívar el 26 de marzo de 2012, para que le investigue por presunto abandono del cargo, oficina que decidió mediante Oficio No. UDCD-0006-2013 del 21 de enero de 2013, devolver la queja por no existir méritos para la apertura de la investigación.

Pese a lo anterior, la Unidad Administrativa y Laboral –UNAL- de manera simultánea inició y desarrolló una actuación administrativa tendiente a investigar y fallar sobre la misma presunta conducta disciplinaria de abandono del cargo, expidiendo el acto acusado declarando insubsistente al actor.

## 1.3 Normas Violadas y Concepto de Violación



Las normas que la parte demandante estima violadas son:

Constitucionales: artículos 2, 13, 23, 29 y 53.

Decreto 2277 de 1979, artículos 47, 60 y 68

Ley 446 de 1998

Decreto 1950 de 1973

Ley 715 de 2001

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 21

Ley 734 de 2002

Ley 1437 de 2011, artículos 166, 167 y 192

Como concepto de su violación, en síntesis expone que el acto acusado es ilegal por violación de la Constitución y la ley, al declarar la vacancia definitiva del cargo y la consecuente insubsistencia, basado en una falsa motivación, violación del debido proceso y principio de legalidad, y desconocimiento del régimen especial docente.

## **2. LA CONTESTACIÓN<sup>2</sup>**

La parte demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda indicando lo siguiente:

Finalizada la comisión de servicios el día 26 de marzo de 2009, el demandante debió regresar a sus labores, sin embargo solo lo hizo el día 12 de julio de 2010, demostrando un abandono del cargo.

Al actor se le realizaron los procedimientos legales, sin que hiciera uso de sus argumentos legales y probatorios para controvertir el objeto de investigación; no asistió a la citación para la declaración de descargo, ni para la ampliación de lo argumentado por escrito.

El docente sabía de su traslado, pero no lo compartía y decidió por su propia causa hacer caso omiso al mismo; igualmente, no hizo uso de sus derechos para traslado de docentes por enfermedad, simplemente decidió no asistir más al sitio de labores que se le había asignado, como tampoco demostró a través de fórmulas médicas o incapacidades de la EPS su estado de salud.

---

<sup>42</sup> Fls. 89 - 98



En conclusión y de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el demandante no cumplió con la orden de traslado emanada de la administración afectando la prestación del servicio educativo, además el acto administrativo se encuentra debidamente motivado, en firme y goza de presunción de legalidad.

## **5. TRÁMITE PROCESAL**

El presente proceso fue inicialmente repartido al Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena, quien declaró la falta de competencia por el factor cuantía y remitió el mismo a la oficina de reparto para que fuese repartido entre los Magistrados del Tribunal Administrativo (Fls. 68 – 69), correspondiendo el conocimiento del proceso al Suscrito Ponente, quien procedió a admitir la demanda de la referencia (Fls. 75 – 81) y a la correspondiente notificación a la parte demandada (Fl. 86). La entidad demandada contestó la demanda (Fls. 89 – 98).

Se celebró audiencia inicial en la que se agotaron las etapas previstas en el artículo 180 del CPACA (Fls. 137 – 143); así como la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA (Fls. 267 – 272), prescindiéndose por innecesaria de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y corriéndose traslado a las partes para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (Fl. 333 - ). Las partes demandante y demandada alegaron de conclusión y el Ministerio Público no emitió concepto.

## **6. ALEGACIONES**

### **6.1 De la parte demandante<sup>3</sup>**

La parte demandante alegó de conclusión reiterando lo expuesto en el libelo demandatorio.

### **6.2 De la parte demandada<sup>4</sup>**

La parte demandada alegó de conclusión reiterando lo expuesto en el memorial de contestación de la demanda.

<sup>3</sup> Fls 335 - 338

<sup>4</sup> Fls. 339 - 342



## **II.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia, solamente se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en la audiencia inicial, sin que ello se hiciera en las etapas posteriores. Sin embargo, ninguna de las partes ni el Ministerio Público objetó el trámite procesal adelantado. Por ello y como en esta instancia no se observa vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver el asunto objeto de controversia.

## **III.- CONSIDERACIONES**

### **1. COMPETENCIA**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 2º del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, situación que se evidencia en el sub-lite.

### **2. PROBLEMA JURIDICO**

De conformidad con los planteamientos expuestos en la demanda y lo probado en el proceso, la Sala considera que el problema jurídico a resolver se contrae a determinar, si es nula la Resolución No. 24 del 1º de febrero de 2013, a través de la cual el Gobernador de Bolívar declaró la vacancia del cargo de docente de la planta de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar por abandono del mismo, y dio por terminado el nombramiento del señor OCTAVIO CASTELLANO LALINDE en el precitado cargo.



### 3. TESIS

La Sala de Decisión, declarará la nulidad de la Resolución No. 24 del 1º de febrero de 2013, a través de la cual el Gobernador de Bolívar declaró la vacancia del cargo de docente de la planta de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar por abandono del mismo, y dio por terminado el nombramiento del señor OCTAVIO CASTELLANO LALINDE en el precitado cargo, por infracción de las normas en las que debía fundarse, y accederá al correspondiente restablecimiento del derecho, conforme a los argumentos que se expondrán a continuación.

### 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

#### 4.1 Del abandono del cargo

El Decreto 2277 de 1979, por el cual se establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, en los artículos 46 y siguientes reguló la situación de abandono de cargo de los docentes en los siguientes términos:

*"Artículo 46º.- Causales de mala conducta. Los siguientes hechos debidamente comprobados constituyen causales de mala conducta.*

*(...)*

*j. El abandono de cargo.*

*"Artículo 47º.- 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 49º.- 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.

**Artículo 50°.-** Gradación de las sanciones. Las faltas por mala conducta para efectos de la sanción se calificarán como graves o leves atendiendo a su naturaleza y sus efectos, las modalidades y circunstancias del hecho, los motivos determinantes y los antecedentes personales del infractor."

A su turno, el artículo 25 de la Ley 200 de 1995 dispone:

"ARTÍCULO 25. FALTAS GRAVÍSIMAS. Se consideran faltas gravísimas:  
(...)  
8. El abandono injustificado del cargo o del servicio.  
(...)."

De las normas transcritas se observa que, el abandono del cargo es una casual de mala conducta y una falta gravísima establecida en la ley, y se presenta, entre otros casos, cuando un empleado sin justa causa "deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos"; la declaratoria de abandono del cargo no exige el adelantamiento de proceso disciplinario, basta que se compruebe tal circunstancia de mala conducta para que la autoridad nominadora proceda a declararla, previa comprobación de que el empleado ha dejado de reasumir o concurrir a sus funciones, sin que haya acreditado justa causa para tal ausencia; advirtiéndose en este punto la Sala que la competencia para imponer la sanción definitiva contemplada en la norma precitada respecto de la Junta de Escalafón, es inaplicable ante la derogatoria de la Sección Tercera del Decreto 2277 de 1979 efectuada por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001.

#### **4.2 Reintegro al cargo de pensionados**

Respecto de la prohibición de recibir doble erogación del tesoro público, la Constitución Política, establece: en su artículo 128 que "Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas". (Subrayado de la Sala)

Por su parte, la Ley 4ª de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las



prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política consagra:

**"ARTICULO. 19.-** Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos Juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados;

**PARAGRAFO.** No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades."

De acuerdo con lo anterior, nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

Ahora bien, el artículo 29, inciso 2 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, dispone que la persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar una de las siguientes posiciones: de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de establecimientos públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y Secretario Privado de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de retiro forzoso.



Por su parte, el Decreto 183 de 2015, frente al particular señala:

**"ARTÍCULO 2.2.11.1.11 Reintegro al servicio de pensionados.** La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de:

1. *Presidente de la República.*
2. *Ministro del despacho o Director del Departamento Administrativo.*
3. *Superintendente.*
4. *Viceministro o secretario general de ministerio o departamento administrativo.*
5. *Presidente, gerente o director de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado.*
6. *Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera.*
7. *Secretario privado de los despachos de los empleados anteriores.*
8. *Consejero o asesor, y*
9. *Las demás que por necesidades del servicio determine el Gobierno, siempre que no se sobrepase la edad de los sesenta y cinco (65) años.*

*(Decreto 1950 de 1973, art. 121)*

*La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de:*

- 1.- *Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica. (Decreto 2040 de 2002 art. 1)*
- 2.- *Subdirector de Departamento Administrativo. (Decreto 4229 de 2004, art. 1)*
- 3.- *Secretario de Despacho código 020, de las Gobernaciones y Alcaldías. (Decreto 863 de 2008, art. 1)*
- 4.- *Subdirector o Subgerente de establecimiento público. (Decreto 740 de 2009, art. 1)*
- 5.- *Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del orden nacional o territorial.*

*(Decreto 3309 de 2009, art. 1)"*

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>5</sup> ha sido pacífica al precisar que el empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B", sentencia del veinte (20) de mayo de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2006-00626-01(1938-07).



y pasará a disfrutarla. Atendiendo el hecho de que el pensionado sale del mercado laboral, prohíbe su reintegro al servicio, salvo las excepciones dispuestas en la ley, que se refieren a cargos de dirección y confianza en las que sí procede la revisión de la pensión siempre y cuando haya permanecido vinculado 3 años o más en forma continua o discontinua. El sólo hecho de adquirir el status pensional es causal de retiro, es decir, que el trabajador o servidor público que reúne los requisitos pensionales debe cesar sus labores y por ende no puede reincorporarse al mercado laboral salvo las excepciones contenidas la ley.

Como se indicó, quienes tengan el estatus de pensionado del sector público sólo se podrán reincorporar al servicio estatal en alguno de los cargos de excepción, para lo cual podrán percibir la asignación mensual del respectivo empleo.

Conforme a lo expuesto en precedencia, procederá la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

## **5. CASO CONCRETO**

### **5.1 Hechos probados**

- El accionante fue nombrado en propiedad por el Gobernador del Departamento de Bolívar mediante Decreto No. 35 del 21 de enero 1986, en el Colegio Departamental de Barranca – Magangué, como docente de Biología de tiempo completo en el grado 7º (Fls. 22 – 23); posesionándose en dicho cargo el 30 de enero de 1986 (Fl. 24).

- Mediante Resolución 1991 de 2002 expedida por el Gobernador del Departamento de Bolívar, el actor fue reubicado en la Concentración José Celestino Mutis de Turbana (Fl. 26).

- Se le concedió al accionante comisión no remunerada por el término de 1 año, a través de la Resolución No. 247 de 2 de mayo de 2003, para ejercer un cargo de libre nombramiento y remoción (Fl. 27).

- El 26 de marzo de 2009 mediante Decreto No. 162 el Gobernador del Departamento de Bolívar aceptó la renuncia presentada por el actor en el cargo de Asesor, Código 105, Grado 02 del Despacho del Gobernador, asignado a la Secretaría de Educación y Cultura (Fl. 29); siendo comunicada



dicha decisión al accionante el día 4 de mayo de 2009, indicándole el Coordinador de la Unidad Administrativa y Financiera que debía regresar al cargo de Docente, Código 9900, Grado 13, Área Biología y Química en la Institución Educativa Técnica Industrial de Turbana (Fl. 30). El 5 de mayo de 2009 el Rector de dicha institución informó a la Secretaría de Educación Departamental, que no era posible entregar asignación académica al profesor Octavio Castellano Lalinde en el Área de Ciencias Naturales, por cuanto no existen las horas (Fl. 31).

- A través de la Resolución No. 0308 del 20 de octubre de 2009, la Secretaría de Educación y Cultura trasladó al actor para la Institución Educativa Técnica Acuícola de Puerto Badel de Arjona – Bolívar, **ante lo informado el 7 de septiembre de 2009 por el señor Octavio Castellano Lalinde** respecto a la falta de carga académica en la Institución Educativa Técnica Industrial de Turbana (Fls. 32 – 34).

- El 19 de enero de 2010 el accionante le solicitó por segunda vez al Coordinador de la Unidad Administrativa y Financiera UNAL de la Secretaría de Educación, la aceptación de la renuncia al cargo de libre nombramiento y remoción, y la falta de carga académica en la Institución Educativa Técnica Industrial de Turbana (Fl. 36).

- El Rector de la Institución Educativa Técnica Industrial de Turbana, en reporte de novedades del mes de julio de 2010, informó que el actor se reintegró a dicha institución desde el día 12 de julio de 2010 (Fl. 35).

- El 6 de julio de 2012 el Rector de la Institución Educativa de Turbana certificó que el accionante durante los años 2010 y 2011 requirió verbalmente en distintas oportunidades a dicha institución para que se le asignara su carga académica, lo cual no fue posible por no existir disponibilidad, situación comunicada a la Secretaría de Educación Departamental por ser la competente para dar trámite a la solicitud (Fl. 38).

- El Coordinador de la UNAL le comunicó al actor el 31 de agosto de 2010 que la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar inició actuación administrativa tendiente a determinar si incurrió en abandono del cargo como casual de retiro del servicio, y solicitó su comparecencia dentro de los 5 días siguientes a efecto de contar con su versión o justificación y garantizar el derecho de defensa y debido proceso (Fl. 39); escrito reiterado el 27 de junio de 2012 (Fl. 40). El 9 de julio de 2012, el actor por escrito dirigido a la



Coordinadora de la UNAL presentó sus descargos (Fls. 41 – 45). El 19 de julio de 2012 la Coordinadora de la UNAL solicitó la comparecencia del actor a dicha dependencia a efectos de ampliar su descargo (Fl. 46), escrito allegado al actor el 23 del mismo mes y año, quien dejó constancia de su comparecencia el día 25 de julio de 2012, pero la funcionaria encargada de su caso se encontraba fuera de la ciudad (Fl. 47).

- La Unidad Estratégica y de Gestión de Control Único Disciplinario del Departamento Administrativo Jurídico de la Gobernación de Bolívar, devolvió al Coordinador de la UNAL la queja enviada contra el docente Octavio Castellano Lalinde, por no vislumbrarse violación de la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único (Fls. 54 – 55).

- La Rectora de la Institución Educativa Técnica Agropecuaria y Acuicola de Puerto Badel – Arjona, el 31 de enero de 2013 certificó que el actor se presentó en esa institución el día 15 de enero de 2013, solicitando verbalmente su carga académica; el 31 de enero del mismo año presentó oficialmente la resolución de traslado, sin embargo se le informó que no había carga académica disponible para su especialidad (Fl. 57).

- El Gobernador del Departamento de Bolívar mediante Resolución No. 24 del 1º de febrero de 2013, declaró la vacancia del cargo docente de la planta de personal de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar por abandono del mismo, por parte de su titular el señor OCTAVIO CASTELLANO LALINDE (Fls. 18 – 21).

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bolívar, reconoció al actor una pensión vitalicia de jubilación como docente de vinculación departamental por el valor mensual de \$1.527.503 a partir del 24 de abril de 2010 (Fls. 179 – 181)

## **5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

En el presente asunto, pretende la parte demandante la nulidad de la Resolución No. 24 del 1º de febrero de 2013, por la cual el Gobernador de Bolívar declaró la vacancia del cargo de docente de la planta de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar por abandono del mismo, y dio por terminado el nombramiento del señor OCTAVIO CASTELLANO LALINDE en el precitado cargo, en consideración a que el acto acusado es ilegal por violación de la Constitución y la ley, al haberse expedido con falsa



motivación, violación del debido proceso, principio de legalidad, y en desconocimiento del régimen especial docente.

La parte demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, indicando que una vez el actor finalizó la comisión de servicios el día 26 de marzo de 2009, debió regresar a sus labores, sin embargo solo lo hizo el día 12 de julio de 2010, demostrando un abandono del cargo; aunado a ello, se le realizaron los procedimientos legales, sin que hiciera uso de sus argumentos y medios probatorios para controvertir el objeto de investigación; no asistió a la citación para la declaración de descargo, ni para la ampliación de lo argumentado por escrito. Igualmente, señaló que el docente sabía de su traslado, pero no lo compartía y decidió por su propia causa hacer caso omiso al mismo.

De lo probado en el proceso, y lo relacionado en el marco normativo observa la Sala que, en los términos del Decreto 2277 de 1979, norma que establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, la figura del abandono docente constituye una causal de mala conducta, consistente en que un empleado sin justa causa "deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos"; teniendo como consecuencia que los docentes sean acreedores de sanciones como el aplazamiento del ascenso en el escalafón por un término de seis (6) a doce (12) meses; la suspensión en el escalafón hasta por seis (6) meses; o la exclusión del escalafón que determina la destitución del cargo.

Conforme lo anterior, procederá esta Magistratura a determinar la legalidad del acto acusado, de cara a los cargos de nulidad planteados:

### **5.2.1 Violación de la ley – Aplicación indebida de la norma**

Expone el actor que el acto acusado viola el principio de legalidad, por cuanto se fundó en la Ley 909 de 2004, prescindiendo del marco legal correspondiente, que para el caso debió ser el Decreto 2277 de 1979 – Estatuto Docente- que regula las situaciones administrativas relacionadas con los educadores oficiales.

El artículo 137 del CPACA consagra, entre otras causales de nulidad, la derivada de la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto



administrativo, es decir, la nulidad por violación de una norma superior, como se conoce genéricamente a esta causal de nulidad.

La contravención legal a la que hace referencia esa causal según la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>6</sup>, ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea:

*"...Según la doctrina judicial del Consejo de Estado, ocurre la primera forma de violación, esto es, la falta de aplicación de una norma, ya porque el juzgador ignora su existencia, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, sin embargo, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve, evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso.*

*Se presenta la segunda manera de violación directa, esto es, por aplicación indebida, cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o se aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. El error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias: 1.- Porque el juzgador se equivoca al escoger la norma por inadecuada valoración del supuesto de hecho que la norma consagra y 2.- Porque no se establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.*

*Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, cuando ocurre una interpretación errónea. Sucede cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde.*

De lo anterior se tiene que la Resolución No. 24 del 1º de febrero de 2013, encuadró la conducta cuestionada en el numeral 2º del artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, normatividad que regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa<sup>7</sup>; además, indicó el acto acusado que como el artículo 43 del Decreto 1278 de 2002 fue declarado inexecutable en Sentencia C-734 del 26 de agosto de 2003, es aplicable la normatividad supletoria ante el vacío normativo, esto es, la Ley 909 de 2004 que establece en el artículo 41 que el retiro del servicio de quienes

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, sentencia del quince (15) de marzo de dos mil doce (2012), Radicación número: 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660).

<sup>7</sup> "Artículo 1º.- El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república."





desempeñan cargos de carrera administrativa se produce, entre otras circunstancias, por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo.

Advierte la Sala que, por un lado, el Decreto 1278 de 2002 no era aplicable al actor, por cuanto en su artículo 2º dispuso que el mismo se aplicaría a quienes se vincularan a partir de su vigencia, lo cual ocurrió el 19 de junio de 2002, y el actor fue vinculado por el Gobernador de Bolívar el 21 de enero de 1986; y por otro lado, la Ley 909 de 2004 era aplicable con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que rige a los servidores públicos de las carreras especiales como el personal docente, y respecto del abandono del cargo no existe vacío normativo, pues como se indicó en el marco normativo precitado, el mismo está regulado como una causal de mala conducta en el literal j. del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, sancionable, entre otras, con la exclusión del escalafón que determina la destitución del cargo; y además constituye una falta gravísima en el artículo 25 de la Ley 200 de 1995 –Código Único Disciplinario-, modificada por la Ley 734 de 2002.

Lo expuesto evidencia, que el acto acusado se fundó en normas que no eran las pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión, dado que debía aplicarse el Estatuto Docente, esto es, el Decreto 2277 de 1979, incurriendo entonces el Gobernador del Departamento de Bolívar en una infracción de las normas en las que debió fundarse la Resolución No. 24 del 1º de febrero de 2013, por lo que dicho cargo de nulidad prospera.

### **5.2.2 Violación del debido proceso**

Manifiesta el demandante que la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar - Oficina de la Unidad Administrativa y Laboral – UNAL, adelantó una investigación administrativa por los hechos de abandono del cargo, desconociendo que la Oficina de Control Disciplinario ya había investigado dicha conducta, resolviendo que no había mérito para endilgar falta disciplinaria, por ser un asunto administrativo y por no existir violación de la Ley 734 de 2002.

Al respecto, precisa la Sala que el abandono injustificado del cargo debidamente comprobado, es una de las causales de mala conducta previstas en el Decreto 2277 de 1979, sancionable por la administración, entre otras, con la exclusión del escalafón que determina la destitución del cargo;



así mismo, la Ley 200 de 1995 -Código Único Disciplinario-, la consagró como una falta gravísima que puede ser sancionada con la destitución.

Sin embargo, la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>8</sup>, en caso similar con el fin unificar la jurisprudencia, indicó que si bien se trata de una misma circunstancia, el abandono injustificado del servicio, éste 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.

Así las cosas, no prospera el cargo de nulidad invocado por el actor, en razón a que, 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.

### **5.2.3 Falsa motivación**

Para el actor, se configura el cargo de falsa motivación en consideración a que no abandonó su cargo, se presentó a laborar en cuanto renunció al cargo de libre nombramiento y remoción que venía ejerciendo en comisión, encontrándose con que se le asignó una nueva institución educativa y al llegar a la misma no tenía carga académica asignada.

De los hechos probados en el presente proceso, se tiene que el Gobernador del Departamento de Bolívar el día 26 de marzo de 2009 mediante Decreto No. 162, aceptó la renuncia presentada por el actor en el cargo de Asesor, Código 105, Grado 02, asignado a la Secretaría de Educación y Cultura (Fl. 29); siendo comunicada dicha decisión al accionante el día **4 de mayo de 2009**, indicándole el Coordinador de la Unidad Administrativa y Financiera que debía regresar al cargo de Docente, Código 9900, Grado 13, Área Biología y Química en la Institución Educativa Técnica Industrial de Turbana, y remitiendo

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, sentencia del veintidós (22) de septiembre de dos mil cinco (2005), Radicación número: 1001-03-25-000-2003-00244-01 (2103-03).



copia de la misma al Rector de dicha institución educativa (Fl. 30). El **5 de mayo de 2009** el Rector de dicha institución informó a la Secretaría de Educación Departamental, que no era posible entregar asignación académica al profesor Octavio Castellano Lalinde en el Área de Ciencias Naturales, por cuanto no existían las horas (Fl. 31).

Igualmente, evidencia esta Magistratura que, a través de la Resolución No. 0308 del 20 de octubre de 2009, la Secretaria de Educación y Cultura trasladó al actor a la Institución Educativa Técnica Acuícola de Puerto Badel de Arjona – Bolívar, ante lo informado el **7 de septiembre de 2009** por el señor Octavio Castellano Lalinde respecto a la falta de carga académica en la Institución Educativa Técnica Industrial de Turbana (Fls. 32 – 34). El **19 de enero de 2010** el accionante le solicitó por segunda vez al Coordinador de la Unidad Administrativa y Financiera UNAL de la Secretaría de Educación, la aceptación de la renuncia al cargo de libre nombramiento y remoción, y la falta de carga académica en la Institución Educativa Técnica Industrial de Turbana (Fl. 36).

El Rector de la Institución Educativa Técnica Industrial de Turbana el 9 de agosto de 2010, en reporte de novedades del mes de julio de 2010, informó que el actor se reintegró a dicha institución desde el día **12 de julio de 2010** (Fl. 35)

El Coordinador de la UNAL le comunicó al actor el **31 de agosto de 2010** que la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar inició actuación administrativa tendiente a determinar si incurrió en abandono del cargo como causal de retiro del servicio, y solicitó su comparecencia dentro de los 5 días siguientes a efecto de contar con su versión o justificación y garantizar el derecho de defensa y debido proceso (Fl. 39); escrito reiterado el 27 de junio de 2012 (Fl. 40). El 9 de julio de 2012, el actor por escrito dirigido a la Coordinadora de la UNAL presentó sus descargos (Fls. 41 – 45). El 19 de julio de 2012 la Coordinadora de la UNAL solicitó la comparecencia del actor a dicha dependencia a efectos de ampliar su descargo (Fl. 46), escrito allegado al actor el 23 del mismo mes y año, quien dejó constancia de su comparecencia el día 25 de julio de 2012, pero la funcionaria encargada de su caso se encontraba fuera de la ciudad (Fl. 47).

La Rectora de la Institución Educativa Técnica Agropecuaria y Acuicola de Puerto Badel – Arjona, el 31 de enero de 2013 certificó que el actor se presentó en esa institución el día **15 de enero de 2013**, solicitando verbalmente su carga académica; el 31 de enero del mismo año presentó oficialmente la resolución



de traslado, sin embargo se le informó que no había carga académica disponible para su especialidad (Fl. 57). El Gobernador del Departamento de Bolívar mediante Resolución No. 24 del 1º de febrero de 2013, declaró la vacancia del cargo docente de la planta de personal de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar por abandono del mismo, por parte de su titular el señor OCTAVIO CASTELLANO LALINDE (Fls. 18 – 21).

De lo relacionado en precedencia se tiene que, existen dos certificaciones respecto de las fechas en que el accionante se reintegró a su sitio de trabajo, la primera suscrita por el Rector de la Institución Educativa Técnica Industrial de Turbana indicando que el actor se reintegró a dicha institución el **12 de julio de 2010** (Fl. 35); y la segunda de la Rectora de la Institución Educativa Técnica Agropecuaria y Acuicola de Puerto Badel – Arjona, señalando que el actor se presentó en esa institución el día **15 de enero de 2013** (Fl. 57); ambas muy distantes de la fecha en que el demandante debía reincorporarse a sus actividades de docente, lo cual debió ocurrir a partir del 5 de mayo de 2009.

Por lo expuesto, y si bien es cierto el actor demostró haber informado por escrito en dos oportunidades a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar respecto de la falta de asignación de carga laboral, ello no justifica el tiempo que dejó transcurrir para reincorporarse a la institución educativa, y no allegó al plenario prueba alguna que demostrara su reincorporación con anterior al día 12 de julio de 2010, como lo plasmó el acto acusado, motivo por el cual no prospera el cargo de nulidad.

#### **5.2.4 Restablecimiento del Derecho**

Conforme lo expuesto, y ante la prosperidad del cargo de infracción de las normas en las que debió fundarse el acto administrativo, la Sala de Decisión declarará la nulidad de la Resolución No. 24 del 1º de febrero de 2013, por la cual el Gobernador de Bolívar declaró la vacancia del cargo de docente de la planta de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar por abandono del mismo, y dio por terminado el nombramiento del señor OCTAVIO CASTELLANO LALINDE en el precitado cargo.

A título de restablecimiento del derecho, no se accederá al reintegro al cargo, por cuanto el actor se encuentra pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bolívar mediante Resolución No. 3990 del 6 de diciembre de 2010, y el cargo de docente no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley, conforme al marco normativo



expuesto; sin embargo se ordenará al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR reconocer y pagar a favor del actor los salarios, primas, vacaciones, cesantías y demás emolumentos concurrentes al cargo que desempeñaba, dejados de percibir desde la fecha en que le fueron suspendidos y hasta cuando el actor fue incluido en nómina de pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las sumas que resulten a favor del actor, deberán ajustarse en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es lo dejado de percibir por el demandante por dichos conceptos desde la fecha en que le fueron suspendidos y hasta la inclusión del actor en nómina de pensionados, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ésta providencia, por el índice inicial vigente en la fecha en que debió hacerse el pago.

#### **6. Condena en Costas.**

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en el presente asunto, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **IV. FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de la Resolución No. 24 del 1º de febrero de 2013, expedida por el Gobernador del Departamento de Bolívar, por la cual se declaró la vacancia del cargo de docente de la planta de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar por abandono del mismo, y dio por terminado el nombramiento del señor OCTAVIO CASTELLANO LALINDE



en el precitado cargo, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR a reconocer y pagar a favor del señor OCTAVIO CASTELLANO LALINDE los salarios, primas, vacaciones, cesantías y demás emolumentos concurrentes al cargo que desempeñaba, dejados de percibir desde la fecha en que le fueron suspendidos y hasta cuando fue incluido en nómina de pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, valores que deberán ajustarse en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO: NO CONDENAR** en costas por lo establecido en la parte motiva de la presente providencia.

**QUINTO: CUMPLIR** la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

**SEXTO:** Una vez ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHIVAR** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. \_\_\_\_

### LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



13001-33-33-000-2013-00651-00

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta y uno (31) de Julio de dos mil dieciocho (2018)

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-000-2013-00651-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>OCTAVIO CASTELLANO LALINDE</b>
<b>Demandado</b>	<b>DEPARTAMENTO DE BOLIVAR</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>LUIS MIGUEL VILLALOBOS</b>

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el respeto que me acostumbra, debo manifestar que me aparto de la posición mayoritaria de la Sala, lo anterior respecto al restablecimiento del derecho ordenado.

En el fallo se ordena el pago de los salarios, primas, vacaciones, cesantías, y demás emolumentos concurrentes al cargo que desempeñaba, dejados de percibir desde la fecha en que le fueron suspendidos y hasta cuando fue incluido en nómina de pensionados, sin embargo, ese restablecimiento no es posible por cuanto la inclusión en nómina de pensionados fue anterior a la suspensión del salario, es decir, lo ocurrido es que el accionante mientras estaba pensionado continuaba recibiendo salario sin acudir a su lugar de trabajo.

El fallo omitió precisar o dejó de analizar el periodo de tiempo del restablecimiento, periodo de tiempo que realmente no existe, por cuanto se admite que al actor se le reconoció la pensión a partir del 24 de abril de 2010<sup>1</sup> y que la suspensión del salario fue de manera muy posterior, como da cuenta el expediente administrativo. De manera que a contrario a lo decidido, lo que se debió establecer en la providencia era el monto de lo devengado por parte del accionante sin acudir a prestar su labor como docente y si procedía su devolución al erario público.

Bajo estas razones, me permito apartarme de la decisión mayoritaria en esta ocasión

**JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**  
Magistrado

<sup>1</sup> Ver página 12 del fallo



