

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "B"

CONSEJERO PONENTE: TARSICIO CÁCERES TORO

Bogotá, D-C., dos (2) de febrero de dos mil seis (2006).

Radicación número: 25000-23-25-000-2001-04846-01

Actor: GLADYS MC LEAN CORTINA

Demandado: DTO CAPITAL SEC. EDUC. DE BOGOTÁ

Controv. INSUB. /00 - DOBLE VINCULAC. DOCENTE

Ref.: 2947-05 AUTORIDADES DISTRITALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la P. Actora contra la sentencia del 05 de agosto de 2004, proferida por la Subsección D - Sección Segunda - Sala de Descongestión – del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso No. 2001- 4846, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda,

ANTECEDENTES:

LA PRIMERA INSTANCIA Y SU TRÁMITE

LA DEMANDA, GLADYS MC LEAN CORTINA, en ejercicio de la acción del artículo 85 del C.C.A., el 15 de julio del 2001, presentó demanda contra el Distrito Capital de Bogotá (Secretaría de Educación), mediante la cual solicita la nulidad de las **Resoluciones Núms. 4380 de noviembre 20 del 2000 y 787 del 27 de febrero de 2001 expedidas por la Secretaría de Educación de Bogotá**, a través de las cuales se declaró insubsistente el nombramiento del Actor efectuado mediante Decreto No.356 del 3 de abril del 1974 como docente de tiempo completo al servicio del Distrito Capital y se desató el recurso de reposición interpuesto contra el acto que declaró la insubsistencia, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría; el pago de los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir desde cuando se produjo su retiro hasta cuando efectivamente sea reintegrado; se declare, para todos los efectos legales, que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio; y que se le dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.

Hechos. Se relatan a folio 15 Cdn Ppal Exp.

Normas violadas y el concepto de la violación. Se citan como tales los artículos: 128, 13 CP; 40 num. 11, 44 num.2 de la Ley 200 de 1995; 6 de la Ley 2001 de 1995; Resolución 3771 del 17 de octubre del 2000

Argumenta:

Que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., al expedir los actos acusados no tuvo en cuenta las excepciones al art. 128 C.N. consagradas en los Art. 40 num.-11 y 44 num.2 de la Ley 200 de 1995 y 6 de la Ley 201 de 1995.

Que la palabra "Universitaria" contenida en los numerales 11 del Art., 40 y 2 del art.44 de la Ley 200 de 1995 y 6 de la Ley 201 de 1995 fue demandada ante la Corte Constitucional por vulnerar el derecho de igualdad consagrado en el art.13 de la C.P., quien se pronunció en sentencia C-317 de 1996 declarando inexecutable la palabra "universitaria" contenida en las normas antes mencionadas. Por lo anterior es legal el desempeño de la actora en dos cargos como docente oficial al servicio de Bogotá y el Ministerio de Educación Nacional, por cuanto esas labores son compatibles por estar contempladas en las excepciones mencionadas.

Que la excepción de los artículos 40 y 44 de la Ley 200 de 1995 y 6 de la Ley 201 de 1995 debe aplicarse sin discriminación a los servidores públicos que ejerzan la docencia, independientemente del nivel educativo en la que la desarrolle, por lo que la actora no se encuentra incurso en la prohibición prevista en el art. 128 de la C.P.

Que al aplicar las normas antes señaladas la actora no incurre en incompatibilidades legales para desempeñar los dos cargos oficiales como docente, debía entenderse que tales nombramientos se ajustaban a la legalidad y no poner fin a una de las vinculaciones.

Que los actos demandados están afectados del vicio de incompetencia por razón del tiempo llamada "ratione Temporis", debido a que por medio de la Resolución 3771 del 17 de octubre del 2000 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá se otorgaron vacaciones colectivas de los profesores al servicio oficial de Bogotá D.C, las cuales comenzó a disfrutar la actora a partir del 24 de noviembre del 2000 y que concluyeron el 15 de enero del 2001. Durante ese lapso carecía de competencia la Secretaría de Educación Distrital para tomar decisiones relacionadas con la vinculación de la demandante, es decir se le había suspendido temporalmente la competencia, readquiriendo esa facultad jurídica solo cuando terminara la causa que generó la suspensión, sin embargo los actos fueron proferidos y notificados durante el período vacaciones, lo que se hizo con falta de competencia por parte de la administración. Entonces habiendo la Demandada concedido vacaciones a los docentes oficiales al servicio de Bogotá D.C. la resolución no podía ser modificada ni derogada por actos como los acusados, que dejaron sin efecto el otorgamiento de las vacaciones de la demandante, al declararle la insubsistencia antes de terminar el disfrute de la vacaciones, (fis. 27 a 32 Exp.).

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Entidad se opuso a las pretensiones de la demanda. Manifestó:

Que la Demandada amparada en las normas Constitucionales y en el Decreto 1713 de 1960, y teniendo en cuenta que se encontraba con dos vinculaciones de tiempo completo, procedió a declarar la insubsistencia de una de ellas mediante el acto administrativo cuya nulidad se pretende.

Cita la sentencias del Consejo de Estado del 5 de agosto de 1993, exp. 5711, Mp. Clara Forero de Castro y del Tribunal Administrativo del 16 de septiembre de 1999 exp. 1765 de 1998 Mp. Alberto Arango Mantilla. (fis. 48 a 51 Exp.).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El A-quo denegó las súplicas de la demanda. Consideró:

Que se configuraron las circunstancias como la violación a la Ley por parte de la actora al desempeñar dos cargos públicos al mismo tiempo, recibiendo dos remuneraciones del erario público, por ende la docente debió ser retirada de uno de los dos cargos y para ello la administración tiene que hacer uso de la figura de la insubsistencia, (sin que signifique su exclusión del escalafón docente, por cuanto esta sanción no se da) en cumplimiento del art.7 del decreto 2277 de 1979.

Que no se puede predicar estabilidad de un empleo obtenido con vicios de ilegalidad, pues si el actor se encontraba desempeñando dos cargos públicos al mismo tiempo cuya prohibición se encuentra reglada en el art. 128 de la C.P: y en el art. 1 del Dcto 1713 de 1960, era obligación de la administración retirar al actor de uno de los cargos para no continuar incurriendo en dicha ilegalidad.

Que a la actora no se le puede aplicar la excepción del lit. b) del Dcto 1713 de 1960, por cuanto se trata de un docente de tiempo completo y ese tipo de funcionarios se rigen por la norma general de no ocupar mas de un cargo oficial o devengar doble remuneración, aplicando lo establecido en el literal a del art. 1 del Dcto 1713 de 1960, (fis. 126 a 137 exp.)

LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA. La P. Actora reitera los planteamientos expuestos en el libelo demandatorio y pide la revocatoria del fallo impugnado para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Argumentó:

Que la Ley 4 de 1992, en concordancia con el art.1 del Dcto 1713 de 1960 cobija el derecho alegado en cuanto el servicio debe ser prestado por profesionales con título universitario. Tal calidad fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

Que la Ley ha expresado que los docentes pueden recibir más de una asignación del tesoro público, contrario a lo que dispone respecto a los otros funcionarios o servidores públicos.

Que no se puede aplicar una norma retroactiva que vaya en detrimento del derecho adquirido, (fis. 150 y 151 Exp-).

LA SEGUNDA INSTANCIA. Se admitió y tramitó el recurso señalado. Ahora, al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a decidir la controversia, conforme a las siguientes

CONSIDERACIONES:

En este proceso se resuelve la legalidad de las **Resoluciones Núms. 4380 de noviembre 20 del 2000 y 787 del 27 de febrero de 2001** expedidas por la Secretaría de Educación de Bogotá, a través de las cuales se declaró insubsistente el nombramiento del Actor efectuado mediante Decreto No.356 del 3 de abril del 1974 como docente de tiempo completo al servicio del Distrito Capital y se desató el recurso de reposición interpuesto contra el acto que declaró la insubsistencia, respectivamente. **El A-quo negó las súplicas de la demanda, decisión que ha sido apelada por la P. Actora. Compete ahora resolver dicho recurso.**

Para decidir, se analizan los siguientes aspectos relevantes;

1.- Régimen Jurídico sobre prohibiciones de tener más de una vinculación y asignación estatales

Al respecto el ordenamiento legal, ha consagrado:

La **Constitución Nacional de 1886** con sus reformas, en lo particular, prescribió:

"Art. 64. Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndase por tesoro público el de la nación, los departamentos y los municipios."

El **Decreto Ley No. 1713 de 1960**, manda;

"Art. 1°. Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación."

a) Las asignaciones que provengan de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo,

b) Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos;

c) Las que provengan de pensión de jubilación y del servicio de cargos públicos, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo que disfruten por el cargo, no exceda de mil doscientos pesos (\$1.200,00) mensuales;

d) Las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfruten los miembros de las fuerzas armadas,

Parágrafo- Para los efectos previstos en los ordinales a y b del presente decreto, se entiende

por horario normal de trabajo la jornada de ocho (8) horas."

El **Decreto Ley No. 1042 de 1978** dispone;

"Art. 32. De la prohibición de recibir más de una asignación. De conformidad con el artículo 64 de la Constitución Nacional, ningún empleado público podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro, o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, ya sea en razón de contrato, de comisión o de honorarios.

Se exceptúan de la prohibición contenida en el presente artículo las asignaciones que a continuación se determinan:

a) Las que provengan del desempeño de empleos de carácter docente en los establecimientos educativos oficiales, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo.

b) Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal de trabajo permita el ejercicio regular de tales cargos y que el valor conjunto de lo percibido en uno y otro no exceda la remuneración total de los ministros del despacho.

c) Las que provengan de pensión de jubilación y del ejercicio de los cargos de ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, viceministro, subjefe de departamento administrativo, superintendente, secretario general de ministerio, departamento administrativo o superintendencia, director general de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado, secretario general de establecimiento público, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretario privado de los despachos de los funcionarios de que trata este ordinal siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo recibido en el cargo no exceda la remuneración fijada por la Ley para los Ministros del despacho.

d) Las que provengan de los honorarios percibidos por asistir en calidad de funcionario a Juntas o consejos directivos, sin que en ningún caso puedan percibirse honorarios por la asistencia a más de dos de ellas.

e) Las que con carácter de pensión o sueldo de retiro perciban antiguos miembros de las fuerzas armadas, con el mismo límite señalado en el ordinal c del presente artículo."

El **Decreto Ley 2277 de 1979** o Estatuto Docente regla sobre las situaciones especiales relacionadas con el caso en estudio:

"Art. 7°. Nombramientos ilegales Todo nombramiento que no cumpla con las estipulaciones fijadas en los artículos 5°. Y 6° de este decreto es ilegal y podrá ser declarado nulo por jurisdicción contencioso administrativa.

Así mismo, la autoridad nominadora que lo haya proferido deberá declarar la insubsistencia correspondiente tan pronto tenga conocimiento de la ilegalidad, so pena de incurrir en causal de mala conducta."

"Art. 68. Retiro del servicio. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de las funciones del docente y se produce por renuncia, por invalidez absoluta, por edad, por destitución o por insubsistencia del nombramiento, cuando se trate de personal sin escalafón o del caso previsto en el artículo 7° de este decreto."

La Constitución Política de 1991, en lo particular, prescribe:

"Art. 128. 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,

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las

descentralizadas. "

La Ley 4ª de 1992, por su parte señaló respecto de la prohibición que atañe,

"Art. 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 desjuntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados;***

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

La Ley 190 de 1995, vigente para la época en se profirieron los actos acusados, manda:

"Art. 6°. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar."

De conformidad con la normatividad transcrita, se concluye lo siguiente:

-) Bajo la Constitución Política de 1886 y sus reformas (Art.64) existía la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público (por -razón de una vinculación) salvo las excepciones de ley, como en el lit. a) del art. 1° del Decreto 1713 de 1960 en relación con las asignaciones provenientes de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo,
-) Que a nadie le es permitido devengar dos asignaciones o más del tesoro público, salvo las excepciones contempladas en la Ley 4ª/92-
-) Que los "honorarios" percibidos por concepto de hora cátedra, que se entiende respecto de los docentes, es compatible en el ejercicio del cargo de educadores (Art. 19-2° Inc. - d)
-) Que continúan vigentes las excepciones existentes al entrar en vigencia la Ley 4ª /92 que benefician a los servidores oficiales docentes pensionados. (A. 19-2 inc.-g)
-) Que la administración está facultada para terminar cualquier vinculo laboral que resulte ilegal por inhabilidad o incompatibilidad inicial o sobreviniente, mediante procedimiento netamente administrativo. (Art. 6 Ley 190/95)
-) Que la desvinculación proveniente del procedimiento anterior no constituye sanción disciplinaria en virtud de que el procedimiento de una y otra son independientes.
-) Además, en los Decretos Leyes relativos a salarios docentes se dejó en claro,

repetidamente, que fuera del empleo de tiempo completo sólo se podían atender labores adicionales de Cátedra, por horas, hasta el límite fijado legalmente en cada año.

2. De la remoción en un cargo de docente oficial que desempeña dos empleos. El caso controvertido.

Se trata de establecer la legalidad de la actuación estatal por la cual se decretó la desvinculación del actor de su segundo empleo como docente de tiempo completo.

2.1. La situación táctica. Se destacan los siguientes datos y se precisa

Mediante acta del 14 de abril de 1971 tomó posesión como profesora de enseñanza secundaria de segunda categoría - especialidad física- de la escuela normal de señoritas de funja, para el cual fue nombrada por Res. No- 1069 del 22 de marzo de 1971 proferida por el Ministro de Educación Nacional. (fls.102 y 110 a 112 Cdo exp.)

Mediante comunicación del 18 de julio de 1974 se le informó a la actora que mediante Dcto. Original 356 art.1 de abril 3 de 1974 y Dcto aclaratorio 829 art. 4 del 16 de julio de 1974 fue nombrada en el cargo de profesora de tiempo completo de conformidad con el escalafón de secundaria de la División de Educación Media, a partir del 3 de abril de 1974(fl.101 Cdo exp.)

A través de escrito expedido por el Grupo de Hojas de vida de la Secretaría de Educación Distrital certifica que revisada la hoja de vida de la actora fue nombrada por Dcto 356 de 1974 del 3 de abril de 1974 para desempeñar el cargo de docente de tiempo completo en el Distrito con efectos fiscales a partir del 3 de junio de 1974. Mediante Res. 1069 del 22 de marzo de 1991 expedida por el Ministerio de Educación Nacional fue nombrada para ocupar el cargo de docente de tiempo completo con efectos fiscales a partir del 2 de febrero de 1971 (fl-67 Cdo ppal exp.)

Por escrito del 27 de septiembre del 2000 expedido por el Gerente de Nominas y Liquidaciones de la Secretaria de Educación de Bogotá certificó que la actora tiene dos vinculaciones con la Secretaria, una en el programa de Secundaria y otra en el programa de Planteles y se le cancela salario por tiempo completo en cada una de las vinculaciones, (fl.68 Cdo ppal exp.)

Mediante Resolución No. 4380 del 20 de noviembre del 2000 proferida por la Secretaria de Educación de Bogotá D.C, declaró insubsistente el nombramiento de la actora efectuado mediante Decreto 356 del 3 de abril de 1974 expedido por la Secretaría de Educación Distrital como docente de tiempo completo, (fis. 3 y 4 Cdo- Ppal. Exp.)

Y mediante Resolución No. 787 del 27 de febrero del 2001 proferida por la Secretaria de Educación de Bogotá D-C. confirmó en todas sus partes la Resolución No. 4380 del 20 de noviembre del 2000 mediante la cual declaró insubsistente el nombramiento de la actora efectuado mediante Decreto 356 del 3 de abril de 1974 expedido por la Secretaría de Educación Distrital como docente de tiempo completo, (fis. 5 a 12 Cdo. Ppal. Exp.)

2.2 La decisión de primera instancia

La actuación acusada.

La actora solicita la nulidad de las **Resoluciones Núms. 4380 de noviembre 20 del 2000 y 787 del 27 de febrero de 2001 expedidas por la Secretaría de Educación de Bogotá**, a través de las cuales se declaró insubsistente el nombramiento efectuado mediante Decreto No.356 del 3 de abril del 1974 como docente de tiempo completo al servicio del Distrito Capital y se desató el recurso de reposición interpuesto contra el acto que declaró la insubsistencia, respectivamente, en consideración de la violación de la prohibición de percibir doble asignación del Tesoro Público, concretamente, del Art. 19 de la Ley 4ª de 1992,

Como fundamento de la decisión desvinculatoria anotada en el mencionado decreto la Administración esgrimió que *"... revisada la hoja de vida de GLADIS ESTHER MCLEAN CORTINA se constató que se nombró en el Distrito Capital el 03/04/1974, como docente de*

tiempo completo, estando al mismo tiempo nombrada en la nación desde el 22/03/1971 como docente de tiempo completo,.."

En la demanda: El acto fue acusado por el desconocimiento de la sentencia C- 317/96 que declaró inexecutable la palabra "universitaria" la cual está contenida en los núms. 11 del art. 40 y 2 del art.44 de la Ley 200 de 1995 y art.6 de la Ley 201 de 1995 normas que excluyen del régimen de deberes e incompatibilidades de los servidores públicos y de la prohibición consagrada en el art. 128 de la C.P. a los docentes oficiales que ejerzan labores oficiales como docentes.

Adicionalmente, se demanda el acto por estar afectado del vicio de incompetencia por razón del tiempo, ya que el mismo fue proferido durante el disfrute de las vacaciones del actor, hecho que inhabilita a la Secretaría de Educación Distrital para tomar decisiones relacionadas con la vinculación de los docentes.

La Sentencia del A-quo. El A-quo negó las súplicas de la demanda por cuanto consideró que los actos acusados fueron expedidos con el único fin de velar por el interés general y el erario público, por cuanto la actora efectivamente se encontraba incurso en la prohibición del Art., 128 de la C.P. y del Dcto. 1713 de 1960 al desempeñar dos cargos públicos al mismo tiempo.

2.3 La segunda instancia

De las vinculaciones compatibles e incompatibles. Posición Jurisprudencia), En **Sentencia de febrero 17 de 1993, y en otros de esta Sala se ha explicado que a los docentes se les aplicaba el literal a) del Art. 1° del Decreto 1713 de 1960 y el literal a) del Inc. 2 del art. 32 del D. L. 1042 de 1978** porque hace referencia expresa a ellos, y no les permite el desempeño de dos cargos de tiempo completo, pero si uno de tiempo completo en otras labores que no tengan ese carácter ¹

Ahora, con el lit d) del Inc., 2° del Art. 19 de la Ley 4ª de 1992, al docente de tiempo completo le está permitido ejercer labores complementarias docentes por concepto de hora cátedra y pagados éstos por honorarios, lo cual supone que esta es una vinculación contractual (Prestación de Servicios) y el hecho que ocasionalmente se nombre y se posesione para esta labor no cambia la naturaleza de su relación por existir una legal sobre el particular.

En resumen, tanto bajo el régimen constitucional anterior como el actual y la legislación anterior como la actual, al docente oficial con una vinculación de tiempo completo se le ha permitido desempeñar la cátedra (por horas, limitadas en su número según la normatividad del año) y por

¹ Sent. De Feb. 17/93 M. P. Clara Forero de Castro. Exp, 59.19

Sent. de Feb 01/01 M. P. Alberto Arango Mantilla. Exp. 1578-99

tanto, recibir un salario por la primera vinculación y honorarios por la segunda. A contrario sensu, no le está permitido -situación inhabilitante- ejercer más de un cargo de tiempo completo y recibir la segunda remuneración.

De otra parte, algunos docentes para pretender la posibilidad de ejercer dos cargos educativos y recibir la doble asignación, alegan que no se superponen los horarios, y que por ello es posible esta situación. Pues, bien, cada jornada educativa (mañana, tarde o noche) aunque no sea igual a 8 horas (de los empleados ordinarios) sí da lugar al sueldo completo y por ello pueden llegar a ejercer dos o más empleos de tiempo completo, lo cual les está prohibido.

De la desvinculación en caso de más de una vinculación docente de tiempo completo. En primer lugar precisa la Sala que en autos la Administración, simplemente, hizo valer la prohibición constitucional en el momento en que se percató del supuesto de hecho contenido en ella; de suerte que no puede confundirse la **declaratoria de insubsistencia motivada** que se le aplicó al nombramiento del actor con la sanción de destitución.

Entonces, no tratándose el caso de autos de la imposición de la sanción disciplinaria de destitución carece de sustento jurídico y táctico la argumentación de la P. Actora en el sentido

de que era necesario efectuar, previamente, tanto **la exclusión del escalafón del actor como el adelantamiento del proceso disciplinario** contemplado en la ley 200 de 1995 a riesgo de quebrantar el debido proceso del artículo 29 constitucional.

Insubsistencia en Vacaciones: La situación administrativa de la actora al estar disfrutando de las vacaciones, no impide que la administración retire a un funcionario por las causales contempladas en la Ley, pues no existe disposición alguna que prohíba la desvinculación durante las vacaciones, es decir, cuando un funcionario se encuentra en vacaciones sigue vinculado al servicio y por ende puede ser retirado por la administración por cualquiera de las causales establecidas por la Ley.

De otro fado, considera la Sala que el hecho de tomar posesión de una vinculación inhabilitante y percibir salario prohibido constitucional y legalmente, además de las consecuencias disciplinarias, configura las siguientes situaciones administrativas, legales:

La del propio Estatuto Docente (D.L. 2277/79) que en su Art. 7°, contempla la situación de los **NOMBRAMIENTOS ILEGALES**, uno de los cuales puede ser precisamente el de incorporación de personal docente en contra de la ley, que pueden ser declarados **INSUBSISTENTES** sin requerir de un procedimiento previo administrativo.

La de la ley 190 de 1995 que dispuso que en el caso de sobrevenir al acto de nombramiento o de posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor docente debía advertirlo a la entidad a la cual preste sus servicios y que si dentro de los 3 meses siguientes no pone fin a la situación que origina la incompatibilidad o la inhabilidad, procederá su retiro de inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar, Norma de aplicación inmediata,

En relación con el cumplimiento de los requisitos legales para efectos de la revocatoria de los actos administrativos, aclara la Sala que la situación del caso de autos no **es la revocatoria del nombramiento del actor y su procedimiento sino el retiro del servicio por situación administrativa irregular de la segunda vinculación**. En este evento no se requería el consentimiento previo de la afectada, más cuando la ley no ha señalado procedimiento especial alguno para este tipo de desvinculación.

De conformidad con lo anterior se concluye que existiendo prohibición de recibir más de un emolumento del Tesoro Público, y no estando dentro de las excepciones legales permitidas, la de desempeñar dos cargos docentes de tiempo completo, tal conducta implica un desconocimiento de la Constitución y la ley en lo pertinente, de suerte que la percepción del segundo emolumento del Tesoro Público es contrario a ley.

Resulta acertada la conclusión del A quo en el sentido de que la normatividad citada y perteneciente al estatuto docente no fue transgredida por la desvinculación del docente toda vez que el actor conservó su vinculación como educador, sin quebrantarse su estabilidad ni los demás derechos derivados del escalafón docente por el hecho de que la administración pusiera fin a una vinculación abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, so pretexto de haberse cimentado un derecho adquirido, pues como lo ha sostenido la Sala en muchas ocasiones, una situación ilegal no puede dar lugar a la consolidación de derecho alguno. Estando vigente la primera vinculación de tiempo completo se incurrió en una inhabilidad al hacerse la segunda nominación de tiempo completo y tomar posesión el docente, por cuanto ésta se encuentra prohibida rotundamente; se anota que cualquiera que fuera la entidad oficial que hiciera la segunda vinculación se daba la inhabilidad pregonada.

Adicionalmente se ordenará el envío de copias de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación para los fines correspondientes.

En estas condiciones, la sentencia apelada amerita ser confirmada.

FALLA

1) CONFIRMASE la sentencia del 5 de agosto de 2004, proferida por la Subsección D - Sección Segunda - Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca,

dentro del proceso No. 2001-4846, instaurado por GLADIS MC LEAN CORTINA contra el Distrito Capital de Bogotá (Secretaría de Educación), que negó las súplicas de la demanda.

2) REMÍTASE copia de la presente providencia a la Procuraduría General de la nación para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior decisión la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada en la precitada fecha.

TARSICIO CÁCERES TORO

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO