

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"**

**Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil seis (2006).**

**CONSEJERO PONENTE: DR. JAIME MORENO GARCIA**

**EXPEDIENTE N°: 25000-23-25-000-2002-02530-01**

**No. Interno: 6870-05**

**AUTORIDADES DEPARTAMENTALES**

**ACTOR: JESÚS ANTONIO SOLANO BAQUERO.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de enero de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sala de Descongestión, Sección Primera, en el proceso incoado por JESÚS ANTONIO SOLANO BAQUERO contra el MINISTERIO DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

**ANTECEDENTES**

JESÚS ANTONIO SOLANO BAQUERO, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad del decreto' No. 1078 del 26 de junio de 2001 expedido por la Secretaría de Educación de Cundinamarca, por medio de la cual fue declarado insubsistente del cargo de Docente para el cual había sido vinculado mediante decreto No. 356 del 21 de febrero de 1977, y del decreto No. 01601 del 20 de septiembre de 2001, que resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior. Así mismo, pide el correspondiente restablecimiento del derecho (fls. 39 y 40 cdno. Ppal.)

Como hechos de la demanda, expone que fue nombrado por el Ministerio de Educación Nacional mediante decreto 356 del 21 de febrero de 1977 como profesor de Educación Física, en el cual se desempeñó hasta el 30 de septiembre de 2001, cuando fue declarado insubsistente mediante los actos acusados, por estar vinculado con el Distrito en la jornada de la tarde; que la Procuraduría General de la Nación ha investigado docentes en su misma situación, ordenando el archivo de los respectivos expedientes; que además, la administración carecía de competencia para retirarlo del servicio, por tratarse de un empleado público con régimen especial.

Expresa que es licenciado en Educación Física debido al título conferido por la Universidad Pedagógica Nacional el 18 de diciembre de 1975, se encuentra especializado en computación para la docencia, y escalafonado en el grado 14; que durante el ejercicio de su empleo, se destacó por su responsabilidad, honestidad, consagración y puntualidad, lo cual le mereció varias felicitaciones por parte de sus superiores

**LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal denegó las pretensiones de la demanda (fls. 241 - 260 cdno. Ppal.).

Manifestó en primer lugar, que se declara probada de oficio la excepción de falta de legitimación pasiva frente al Ministerio de Educación Nacional, pues a partir de la expedición de la ley 60 de 1993, se asignaron las funciones en materia de salud y educación a los Departamentos, Municipios y Distritos, por lo que le corresponde exclusivamente a las Secretarías de Educación de dichas entidades territoriales, asumir todas las competencias relacionadas con el personal docente.

Adujo en segundo término, luego de efectuar un recuento de la normatividad aplicable al caso concreto, que por expresa prohibición legal y constitucional, está vedado a cualquier persona desempeñar simultáneamente dos cargos docentes; que como en el caso en estudio el actor se encontraba desempeñando simultáneamente dos empleos docentes de tiempo completo en el Distrito y en el Departamento de Cundinamarca, es evidente que se encontraba incurso en las prohibiciones señaladas en los arts. 19 de la ley 48 de 1992 y 10 del decreto 1713 de 1960; que lo anterior, aún cuando sus horarios no se cruzaran, de conformidad con los fallos del Consejo de Estado del "31 de mayo de 1994, M.P. Dolly Pedraza de Arenas y del 6 de febrero de 2004, M.P. Ana Margarita Olaya Forero.

Concluye que en consecuencia, resulta evidente que la administración no violó disposición legal o Constitucional alguna, al declarar su insubsistencia respecto de uno de dichos empleos.

### **LA APELACIÓN**

Dentro de la oportunidad procesal, el demandante recurrió la decisión del Tribunal (fls. 269-274 cdno. Ppal.), por considerar en primer lugar, que la necesidad del servicio para la época durante la cual se efectuó su segundo nombramiento, así lo permitía.

Dijo además que el a quo le dio una interpretación restrictiva y desfavorable al decreto 1713 de 1960, no acorde con los mandatos constitucionales, pues el literal b) del citado decreto se refiere a los profesionales con título universitario, sin excluir ninguna profesión, y el actor desde 1975 es un profesional universitario licenciado en Educación Física, por lo que su situación se encuadra perfectamente dentro de esta excepción, y no en la prevista en el literal a) por ser docente de tiempo completo en dos planteles, pues ello iría en contra del principio de favorabilidad.

Insistió en la legalidad de su nombramiento, por cuanto nunca desempeñó más de un empleo público, ya que ambos cargos eran en jornadas y horarios distintos; que por todo lo anterior, y al hecho de que nunca se inició en su contra proceso disciplinario alguno, ni se le excluyó del escalafón docente, no le puede ser aplicable el art. 7° del decreto 2277 de 1979.

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

La controversia planteada gira en torno a la legalidad del decreto No. 01078 del 26 de junio de 2001, por medio del cual la Secretaría de Educación de Cundinamarca declaró insubsistente al demandante en el cargo docente del cual había sido nombrado por medio del decreto No. 358 del 21 de febrero de 1977, por cuanto se hallaba vinculado como docente en otro establecimiento educativo de carácter oficial (fls. 3 y 4 cdno. Ppal) y del decreto No. 01601 del 20 de septiembre de 2001, mediante el cual se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión (fls. 10-22 ibídem).

La Sala se ha pronunciado reiteradamente acerca de la incompatibilidad existente en el ejercicio de dos cargos docentes con dedicación de tiempo completo en entidades oficiales.

El artículo 64 de la Constitución Política de 1886, como regla general, prohibía *"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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios"*.

En desarrollo del precepto suprallegal, entre otros, se expidió el Decreto 1713 de 1960 que en su artículo 1°, consagraba varias excepciones a la regla contemplada en dicha norma, entre ellas, la que permitía recibir "...a) Las asignaciones que provengan de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo; "y "...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;". Así mismo, 'el párrafo del artículo 1º, ibídem, precisaba que "se entiende por horario normal de trabajo la jornada de ocho (8) horas".

En sentencia del 5 de agosto de 1993 expediente No. 6199 M.P. Dra. Clara Forero de Castro, entre otros pronunciamientos, se señaló que a los docentes se les aplicaba el literal a) del decreto 1713 de 1960, porque hace referencia expresa a ellos, y dicho literal no les permite el desempeño de dos cargos de tiempo completo. Ni uno de tiempo completo con otra jornada de medio tiempo. Se dijo allí:

*"...El párrafo del artículo 1º, ibídem, precisa que "se entiende por horario normal de trabajo la jornada de ocho (8) horas".*

*Sobre el particular la Sala observa que si bien en el citado párrafo se da una definición de HORARIO NORMAL DE TRABAJO, ello no implica que la expresión "PROFESORADO DE TIEMPO COMPLETO" utilizada en el literal a) del artículo 1º, del Decreto 1713, cambie su significado, es decir, el que le atribuyen las normas legales sobre la materia, y quede sin efecto la prohibición allí establecida si los dos tiempos completos tienen una jornada inferior a 8 horas cada uno.*

*Profesor de tiempo completo es el que labora durante toda la jornada que los planteles educativos de enseñanza media establecen a fin de cumplir con el pensum señalado a este nivel de educación, independientemente de su intensidad horaria.*

*El literal a) del artículo 1º, del decreto mencionado que consagra una excepción a la prohibición constitucional aludida, hace salvedad expresa, si se trata de profesorado de tiempo completo. Dada la diaphanidad de los términos en él empleados, la precisión del concepto y el carácter restrictivo que el ordenamiento jurídico ha previsto para los regímenes de excepción, la Sala estima que no es del caso recurrir al análisis interpretativo del párrafo de la norma citada, para saber si el actor era en ambos establecimientos educativos profesor de tiempo completo, pues no hay duda alguna acerca de esa condición.*

*El horario normal de trabajo de 8 horas, tiene que ver con los docentes que teniendo un cargo de tiempo completo pueden desempeñarse, por ejemplo, como profesores de cátedra, siempre que el horario normal de trabajo lo permita, pues el caso de dos tiempos completos tiene regulación expresa y debe aplicarse ésta, no la que se refiere a profesionales con título universitario.*

*Es incuestionable que a la luz del Decreto 1713 de 1960 está vedado a una misma persona ocupar en forma simultánea dos cargos docentes de tiempo completo, independientemente de la derogatoria o declaratoria de inexequibilidad de los decretos a los cuales se refiere el apelante"*

El caso que examinó otrora la Sala se refería a dos cargos de tiempo completo, situación que es la misma que se discute en este proceso, como el mismo demandante reconoce en la demanda.

Ahora bien, a la fecha de retiro del demandante, la prohibición de desempeñar dos cargos públicos se hallaba consagrada en el artículo 128 de la Constitución de 1991, norma ésta que determina:

*"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"*

Esta disposición constitucional fue objeto de desarrollo, por el artículo 19 de la ley 48 de 1992, que prescribe:

*"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 sé desempeñan 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"*

Así entonces, a la luz de las disposiciones mencionadas, artículo 64 de la Constitución Política anterior y mucho más después "de la vigencia del artículo 128 de la actual y de la Ley 4ª de 1992, está vedado a una misma persona ocupar en forma simultánea dos cargos docentes de tiempo completo. Así mismo, un cargo de tiempo completo y otro de medio tiempo, por no estar contemplado en las excepciones señaladas en la precitada Ley 4ª. Y tal prohibición es una incompatibilidad que nace desde el momento en que la prevé el legislador, por lo que mal puede hablarse de derechos adquiridos, pues las incompatibilidades, como es sabido, en el régimen de los funcionarios públicos son todos los actos que no pueden realizar o ejecutar en el ejercicio de su función pública.

En esa medida no puede resultar admisible el argumento del demandante de que se consolidó el derecho adquirido para desempeñar dos cargos docentes de tiempo completo, pues, como queda visto, tal situación se convirtió en inhabilidad. Debe recordarse, nuevamente, que los derechos se adquieren sobre la base de su conformidad con la Constitución y la ley; y, de otra parte, precisarse que las inhabilidades o incompatibilidades que consagran las normas tienen aplicación inmediata y a ellas solo se sustraen las situaciones que se contemplen como excepciones, las que son de interpretación restrictiva.

De manera que si, como lo acepta y afirma el actor, se desempeñaba como docente de tiempo completo en dos establecimientos educativos oficiales, así fuera uno en la jornada de la mañana y el otro en la tarde, es menester concluir que se halla incurso, tanto en uno como en otro caso, en la prohibición contemplada en el artículo 128 de la Carta Política.

Así, la resolución demandada, por la cual se dispuso la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, acusada en esta litis, se ajusta a derecho, pues frente a una clara incompatibilidad legal, no quedaba otro remedio que poner fin a dicha vinculación mediante la insubsistencia, como quiera que en las condiciones anotadas debe entenderse que tales nombramientos no se ajustaban a la legalidad, lo cual permitía aplicar el artículo 7º del Decreto 2277 de 1979.

Lógicamente con este proceder no se transgreden las normas sobre estabilidad relativa de los docentes escalafonados contenidas en el Decreto 2277 de 1979, que se invocan como violadas en la demanda, y que establecen que el educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón, por cuanto tal preceptiva se refiere a los educadores escalafonados que dada la legalidad de su vinculación con el sector oficial, se encuentran rodeados de las garantías de estabilidad relativa que en ellas se consagran. Mas en el presente caso, no puede afirmarse que sus vinculaciones estén conformes con la norma constitucional y legal, 'por lo que mal puede otorgarle el privilegio que reclama, pues la

garantía de inamovilidad sólo devendría de una relación laboral con la entidad oficial que esté acorde con el ordenamiento jurídico.

Al resolver un caso similar dijo esta Sección con ponencia del Consejero Doctor Silvio Escudero Castro, en sentencia del 29 de agosto de 1996, expediente No. 7713:

*"...No puede demandarse eficazmente el reconocimiento de un derecho, cuando su origen mismo lo rechaza en razón a la ilegitimidad que desde el principio lo acompañó. Si de un lado se predica el derecho y por consiguiente su protección legal cuando éste ha nacido dentro del marco reglado por el legislador, razón por la cual se respeta la estabilidad, de otro, tampoco puede afirmarse que se violan las normas relativas a dicha estabilidad si la vinculación ha nacido viciada por no haberse dado las condiciones necesarias y tendientes a la eficacia jurídica no puede ser objeto de protección. De una vinculación sin respaldo legal en su origen no puede predicarse estabilidad y mucho menos protección judicial pues es su origen mismo lo rechaza y de suyo lo margina de cualquier razonamiento lógico..."*

Lo anterior impone confirmar la sentencia del Tribunal que negó las súplicas de la demanda.

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

### **FALLA**

**CONFIRMASE** la sentencia del veinte (20) de enero de dos mil cinco (2005) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sala de Descongestión, Sección Primera, que denegó las súplicas de la demanda en el proceso promovido por JESÚS ANTONIO SOLANO BAQUERO contra el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

Reconócese a Sonia Guzmán Muñoz como apoderada del Ministerio de Educación Nacional, en los términos y para los efectos del poder conferido a fl. 286 del expediente.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**ANA MARGARITA OLAYA FORERO**  
Ausente

**ALBERTO ARANGO MANTILLA**

**JAIME MORENO GARCIA**

**MYRIAM VIRACACHA SANDOVAL**  
Secretaria Ad- hoc

**Exp. No. 25000-23-25-000-2002-02530-01 (6870-05) ACTOR: JESÚS ANTONIO SOLANO BAQUERO**