

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "B"

Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006).

CONSEJERO PONENTE: TARSICIO CÁCERES TORO

Radicación número: 25000-23-25-000-2001-06287-01

Actor: IRMA DALINDA OLAYA DE NIETO

Demandado: SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ

Controv. INSUB. /01 - DOBLE VINCULAC. DOCENTE

Ref.: 3783-05 AUTORIDADES DISTRITALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la P. Actora contra la **sentencia del 19 de agosto de 2004, proferida por la Subsección tercera - Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, dentro del proceso No. 01-6287, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES:

LA PRIMERA INSTANCIA Y SU TRÁMITE

LA DEMANDA, IRMA DALINDA OLAYA DE NIETO, en ejercicio de la acción del artículo 85 del C.C.A., el 31 de julio del 2001, presentó demanda contra el Distrito capital de Bogotá (Secretaría de Educación), donde solicita la nulidad de la **Resolución Núm. 1044 de Marzo 12 de 2001, expedida por la secretaria de Educación de Bogotá** a través de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la Actora efectuado mediante Resolución No. 1391 del 01 de abril de 1975 como docente de tiempo completo al servicio del Distrito de Bogotá.

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 folios 10 Cdno Ppal Exp.

Normas violadas y el concepto de la violación. Se citan como tales los artículos: 1, 2, 4, 6, 13, 16, 25, 26, 29, 53, 58, 125 y 336 de la C.P; 19 de la Ley 4 de 1992; 3 de la Ley 153 de 1887; 1 del Dcto 1713 de 1960; 32 del Dcto 1042 de 1978; Ley 91 de 1989; Dcto.2277 de 1979; Doto 1440 de 1992; 84 del C.C.A. y 21 del C.S.T. Argumenta:

Que el nombramiento efectuado a la actora se hizo conforme a derecho, sin que existiera violación de la Ley o la Constitución, pues se acreditaron los requisitos exigidos en las normas vigentes en el momento del nombramiento.

Que la actora tomó posesión del cargo por que en ese momento no existía incompatibilidad o impedimento de tipo legal o moral para hacerlo, toda vez que ya era profesional con título universitario y los horarios de trabajo no se cruzaban, por lo que se encontraba amparada por la excepción consagrada en el literal b) del artículo 1 del Decreto 1713 de 1960.

Que el artículo 32 del decreto 1042 de 1978, que reclamó lo consagrado en el Decreto 1713 de 1960, agregando en su literal b), que la remuneración de los cargos de los profesionales con título universitario no podía superar la remuneración de los ministros del despacho. Así, a la

actora desde su nombramiento se le aplicó el literal b) de las normas citadas y no el literal a).

Que por las circunstancias tácticas de la demandante (profesional con título universitario, no cruce de horario y sin remuneración igual a la del Ministro de Despacho) podía desempeñar más de un cargo público y recibir las correspondientes remuneraciones.

Que no es de recibo la tesis de ilegalidad de nombramiento de la actora, contenida en la sentencia del Consejo de Estado de fecha 16 de septiembre de 1999, según la cual a los docentes sólo se les aplica el literal a) del artículo 1 del Decreto 1713 de 1960 por ser especial, en oposición a la aplicación del literal b) por ser general; pues el citado Decreto no puede interpretarse de manera excluyente en consideración a que en él se consagraron situaciones que de verificarse cualquiera de ellas, permitiría al funcionario devengar más de una asignación. Cita sentencia 0182 del 10 de abril de 1997 proferida por la Corte Constitucional, Mag. Ponente Hernando Herrera Vergara.

Que tanto en la Constitución pasada como en la actual se consagró la prohibición para desempeñar simultáneamente más de un cargo público, con las excepciones que expresamente determine la Ley.

Que la ley 4 de 1992 no derogó normas contrarias, de modo que las excepciones anteriores continúan vigentes, es decir, las consagradas en los decretos 1713 de 1960 y el 1042 de 1978.

Que la derogación tácita se presenta cuando lo regulado por la nueva Ley, cubija totalmente el ámbito regulado por la norma anterior, pero en el caso de autos, no puede entenderse que hay derogación tácita, pues los Decretos 1713 de 1960 y el 1042 de 1978, no son contrarios ni a la Constitución anterior ni a la actual, ni tampoco a la Ley 4 de 1992, habida cuenta que aquellos decretos consagraron unas excepciones especiales, las cuales favorecen a docentes y profesionales que cumplieron ciertas condiciones particulares, es decir, las excepciones de los decretos citados, se otorgan, entre otras razones por la naturaleza de un servicio y por la capacitación profesional de un servidor público.

Que la Ley 4 de 1992 en su artículo 19, no dijo que las excepciones en ella contenida eran las únicas, ni tampoco indicó que esas eran solamente las excepciones a la prohibición Constitucional de devengar más de una asignación del Tesoro Público.

Que el Decreto 1440 de 1992, reglamentario de la Ley 60 de 1993, señaló que los docentes que se encontraran vinculados al momento de entrar en vigencia la Ley 4 de 1992, conservarían los derechos consagrados en la Ley 91 de 1989 y en el Decreto 2277 de 1979, con lo cual dejó a salvo a docentes, para tener la doble vinculación amparada en el Decreto 1713 de 1960, pues su doble vinculación se constituyó como un derecho adquirido de rango constitucional.

Que el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 resultó violado con el acto acusado ya que se le debió aplicar la citada norma, por estar vinculada cuando entró en vigencia la Ley 91 de 1989 y como en ella se habla de remuneraciones, ha de entenderse que se ratificó la permisón para desempeñar más de un cargo público, contenida en el decreto 1713 de 1960.

Que la actora nunca desempeñó simultáneamente más de un empleo público, pues desempeñaba un cargo en la Jornada diurna y el otro en la nocturna, lo que implica que no existió simultaneidad.

Que fue la administración, por intermedio del Ministerio de Educación, la que nombró a la actora, con fundamento en una excepción a la prohibición Constitucional, y por cuanto vio sus condiciones y capacidades para contribuir en el proceso educativo nacional, por lo que no se puede perder de vista la importancia de la Ley mas favorable en las determinaciones de la administración.

Que resulta inaplicable una interpretación restrictiva, retroactiva y desfavorable de la Ley 4 de 1992, no por menoscabar el derecho a la estabilidad, sino porque dicha Ley no puede aplicarse en forma retroactiva a situaciones consolidadas con anterioridad a su promulgación, no solo

por un nombramiento y posesión legalmente efectuados, sino por el cabal desempeño de su cargo, y al derecho adquirido con justo título a la estabilidad que brinda la carrera docente, reconocida por el acto administrativo vigente.

Que la Resolución 1648 de 1975 proferida por el Ministerio de Educación goza de la presunción de legalidad y surte sus efectos, por lo que ahora la administración no puede sostener una supuesta ilegalidad del acto que la nombró, para declarar la insubsistencia del mismo nombramiento.

Que la administración inscribió a la demandante en la carrera docente y aún hoy se encuentra inscrita en dicho estatuto especial, escalafonada en el grado 14, Así la ley ha fijado los procedimientos para ajustar a derecho los errores de la administración previo el consentimiento de la actora para revocar la resolución que la nombró e iniciar la acción de nulidad como lo ordena el C.C.A.; y no actuar como se hizo, ya que de un lado se violó el derecho de defensa de la demandante y de otro, el funcionario se atribuyó la función judicial que solo tienen los Jueces.

Que el artículo 28 del Estatuto Docente indica que el educador escalafonado al servicio oficial no puede ser destituido del cargo sin antes haber sido excluido del escalafón, y la actora no lo ha sido; igualmente la administración violó el artículo 36, por cuanto sancionó a la actora con la pena más grave, no se respetaron sus derechos y no aplicó el procedimiento correspondiente. En conclusión si la administración consideró que la actora había violado la Ley o la constitución, debió iniciar un proceso disciplinario en los términos establecidos para funcionarios inscritos en la Carrera docente, pero no declarar insubsistente su nombramiento.

Que con la demandante se cometió una ilegalidad, una injusticia y un desmejoramiento del servicio educativo del Distrito al obrar el Secretario de Educación del Distrito con desviación de poder, lo que amerita la nulidad del acto acusado y el restablecimiento del derecho. (fls. 10 a 23 Cano Ppal Exp.).

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Entidad propuso las excepciones de Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa y buena fe y se opuso a las pretensiones de la demanda. Manifestó:

De las excepciones:

Inexistencia de la Obligación: Por que existe prohibición Constitucional, de devengar doble asignación o desempeñar simultáneamente más de un empleo público, salvo las excepciones de la Ley, entre las cuáles se encuentran los docentes, en el sentido que la prohibición Constitucional no les aplica siempre y cuando los dos cargos desempeñados no sean de tiempo completo y, que la doble asignación sea recibida por salario y pensión. Así, al proferirse el acto administrativo se actuó conforme a derecho.

Cobro de lo no debido: Que la demandada no adeuda ningún valor por concepto de la desvinculación y declaratoria de insubsistencia del demandante, pues al proferirse la Resolución acusada, se actuó conforme a derecho, sin que haya sido necesario la exclusión del escalafón docente, bajo los parámetros predeterminados en el Decreto 2277 de 1979 art.68.

Falta de Causa: Que el Decreto Ley 1713 lit. a) al determinar que el docente está inhibido para ocupar en forma simultánea dos cargos de tiempo completo, y que por tener regulación expresa en tal sentido, es dicha norma la que debe aplicarse y no el literal b) que se refiere a profesionales con título universitario, pudiendo únicamente percibir más de una asignación que provenga del tesoro público, cuando se trata sólo de, las recibidas por sueldo y pensión tal como lo ha establecido en la Ley 4 de 1992 como excepción al precepto mayor.

Que en la Constitución de 1986 se estableció la prohibición de devengar doble asignación que proviniera del Tesoro Público, mientras que en la Constitución de 1991 se determinó la restricción de no desempeñar más de un empleo público, ni recibir doble asignación que provenga del erario público, salvo las excepciones de Ley, de tal forma que la Ley 4 de 1992

señaló las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, y de acuerdo al artículo 19 parágrafo, no se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a mas de ocho horas diarias de trabajo a varias entidades.

Que la prohibición de percibir doble asignación que provenga del erario público o desempeñar simultáneamente más de un empleo del Estado del orden Nacional y Territorial, es genérica y en cuanto a las excepciones, el Decreto Ley 1713 de 1960, como la Ley 4 de 1992, determinan que sólo pueden darse, en tanto no se trate de profesorado de tiempo completo o de aquellas asignaciones percibidas por salario y pensión.

Que ante lo estatuido en la Constitución y la Ley que regula la materia, con la expedición del acto administrativo demandado, lo que buscó la Secretaría de Educación fue poner fin a la máxima constitucional según la cual, nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, estando ajustado a derecho, y sin que con dicho pronunciamiento de la administración, se haya transgredido ningún precepto legal o constitucional. (fls. 34 a 40 (Cdno Ppal Exp.).

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

Que en subjudice, se aprecia la doble vinculación como empleada pública de la actora, en calidad de docente oficial, motivo que dio origen a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento motivada en la prohibición del art. 128 de la C.P.

Que no fue probado que la demandante se encontrara en alguna de las excepciones contenidas en los literales a), d) y g) del art. 19 de la Ley 4 de 1992, para tener derecho al goce del beneficio de percibir doble asignación.

Que con el proceder de la administración no le fueron vulnerados los derechos adquiridos por la docente, ya que conservó su calidad de docente escalafonada en grado. 14 en la Junta de Escalafón nacional ante Cundinamarca.

Que el acto acusado fue expedido por el funcionario competente, con fundamento en la constitución y la ley vigente al momento de la expedición de los mismos, con el cumplimiento de los procedimientos de rigor y con el fin de velar por el interés general y el erario público.

Que respecto al principio de favorabilidad, según el cual debió aplicársele el Decreto 1713 de 1960 de preferencia al la ley 4 de 1992, consideró .que el primero consagra una excepción a la prohibición constitucional anotada en el art. 128 de la C.P., con salvedad expresa respecto de los profesores de tiempo completo, por lo anterior, 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 y en este orden de ideas no existiría la favorabilidad pretendida por el actor.

Que la administración al hacer uso de la facultad discrecional para nombrar un funcionario, puede desvincular (sin requerir autorización previa) los que estime convenientes en pro del mejoramiento de la entidad y de sus servicios, teniendo en cuenta que ningún nombramiento concede por si mismo derechos irrevocables.

Que el acto demandado no fue objeto de los recursos pertinentes en vía gubernativa, a pesar de que la actora fue notificada el 3 de abril de 2001 de la resolución impugnada y de que la misma en su art. 2 indicó que procedía el recurso de reposición dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación, por lo que no se evidencia violación al debido proceso, (fls. 93 a 103 Cdno. Ppal. 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 al establecerse en el literal a) del artículo 1 del Decreto 1713 de 1960 una excepción para los docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo, esa excepción está dirigida sólo a los docentes que no son profesionales y por ello pueden devengar una asignación de tiempo completo y otra de tiempo parcial, con lo cual se ratifica que el docente que ostenta el título profesional si puede desempeñar dos cargos de tiempo completo, pues él está mejor preparado.

Que en 1968, el gobierno nacional extendió la cobertura y penetración de la educación, aprovechando la infraestructura existente, por lo que llamó, con fundamento en el Decreto 1713 de 1960 literales a) y b), a todos los docentes que se encontraban laborando para que a pesar de estar vinculados en la docencia oficial colaboraran con tal propósito y sirvieran en otro plantel, en otra jornada y con otro sueldo catalogando a los que tenían título profesional y los que no, a unos se les permitió el ejercicio de dos cargos de tiempo completo por que estaban mejor preparados y a otros solo unas horas mas de cátedra o tiempo parcial.

Que la Ley estableció como excepción a la prohibición general de recibir mas de una asignación del Tesoro público a los *"... servicios prestados por profesionales con título universitario..."* debe interpretarse y aplicarse como esta escrita, sin hacer ninguna restricción o limitación a ese derecho, más aún cuando como en el caso de autos, la demandante es una profesional de la docencia con título universitario.

Que se puede afirmar, que la excepción contenida en el literal a) del artículo 1 del Decreto 1713 de 1960 es especial para los docentes, y que la excepción del literal b) es general para los profesionales con título universitario, en consecuencia a los profesionales de la docencia se les puede aplicar cualquiera de las dos, pero como resulta mejor la segunda por permitir el ejercicio en dos cargos de tiempo completo, debe aplicarse esta excepción general en oposición a la especial, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia C-182 del 10 de abril de 1997 con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara.

Que cuando existe en una misma norma varias excepciones que favorecen al trabajador que puede acreditar los requisitos en ella exigidos, se le tiene que aplicar la que mas se acomode a su situación, más aún cuando la situación de ese mismo trabajador no se acomoda a otra excepción, habida cuenta que la actora fue nombrada para desempeñar otro cargo de tiempo completo. Las leyes laborales están para producir efectos positivos, están consagradas para favorecer y no para perjudicar. Que en consecuencia se le aplicó en el pasado y se le ha debido aplicar siempre el literal b) de las normas citadas y no el literal a).

Que la ley 4 de 1992 no derogó normas contrarias, de modo que las excepciones anteriores continúan vigentes, es decir, las consagradas en los decretos 1713 de 1960 y el 1042 de 1978, Adicionalmente, dicha Ley tampoco regula todas las excepciones a la prohibición Constitucional del artículo 128, pues existen otras, como la Ley 114 de 1913, el Decreto 224 de 1972, la Ley 91 de 1989, la Ley 60 de 1992, y la Ley 100 de 1993, que permiten devengar más de una asignación del tesoro público.

Que el Decreto 1440 de 1992, reglamentario de la Ley 4 de 1992, dijo que los docentes que se encontraran vinculados al momento de entrar en vigencia la Ley 4 de 1992, conservarían los derechos consagrados en la Ley 91 de 1989 y en el Decreto 2277 de 1979, con lo cual dejó a salvo a docentes, para tener la doble vinculación amparada en el decreto 1713 de 1960, pues su doble vinculación se constituyó como un derecho adquirido de rango Constitucional.

Que si el actor incurrió en una ilegalidad al tomar posesión de otro cargo de docente de tiempo completo, y fue sancionada por trabajar al servicio de la nación, los funcionarios que la nombraron, posesionaron y le pagaron también deben se sancionados, pues por haber infringido la Ley con el agravante del "perjuicio económico para la nación", pues la nombraron, posesionaron y le pagaron sin un respaldo Jurídico, (fls. 104 a 109 Cdno Ppal 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 la Resolución No. 1044 del 12 de marzo del 2001, expedida por la secretaría de Educación de Bogotá a través de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la Actora efectuado mediante Resolución No. 1391 del 01 de abril de 1975 como docente de tiempo completo al servicio del Distrito de Bogotá. **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. Entiéndese 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 dos Juntas;
- 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:

-) 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 vínculo 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 de la actora de su segundo empleo como docente de tiempo completo.

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

Tomó posesión mediante acta No.0681 del 22 de abril de 1963 suscrita por el secretario jefe de personal del Departamento de cundinamarca, del cargo de profesora de tiempo completo, nombrada mediante decreto 0418 de 1963 (fl. 72 Cdno Ppal Exp.).

Por Acta sin número del 5 de junio de 1975 suscrita por el Jefe de personal del Ministerio de Educación, tomo posesión del empleo Profesora de enseñanza secundaria, nombrada por resolución 1391 del 2 de abril de 1975 (fl.70 cdno. Ppal exp).

Por Resolución 04111 del 16 de diciembre de 1988 la Junta seccional de Escalafón Nacional ante Cundinamarca, asciende en el Escalafón Nacional Docente al grado catorce a la actora.

(fl. 58 cdno anexo exp).

Mediante oficio OGH-0698 del 27 de diciembre del 2000 suscrito por la directora de Gestión Humana de la Secretaría de Educación de Cundinamarca se hace la relación del personal Docente que labora con el Departamento de Cundinamarca que tienen situación -de doble vinculación, entre los cuales aparece la actora. (fls. 34 a 37 cdno. Ppal exp).

A través de Constancia del 30 de julio del 2001 suscrita por el rector de la Jornada nocturna del externado Nacional Camilo Torres, consta que la actora trabajó en ese establecimiento como profesora de tiempo completo hasta el 16 de abril de 2001, que su horario de trabajo era de 5:45 de la tarde a 10:00 de la noche y lo cumplía estrictamente, (fl. 7 cdno. Ppal exp).

Mediante certificado del 31 de julio del 2001 suscrito por la rectora de del Colegio Departamental Silveria Espinosa de Rendón- jornada de la mañana, certificó que la actora presta los servicios al Departamento en ese establecimiento como profesora de tiempo completo desde marzo de 1975 sin interrupción, con un horario de trabajo de 6:45 a.m. a las 12:15 m- (fl. 8 cdno. Ppal exp).

Por oficio No.422-3299 de junio 3 de 2003 suscrito por la subdirectora de personal docente de la secretaria de educación de la Alcaldía de Bogotá, informó que a la fecha de la declaratoria de la insubsistencia de la actora se encontraba ubicada en el externado nacional Camilo Torres jornada noche y en el I.E.D. Silveria Espinosa de Rondón jornada mañana. (fl.73 cdno. Ppal exp).

Mediante la Resolución 1044 del 12 de marzo del 2001 expedida por la Secretaría de Educación Distrital fue declarada Insubsistente del nombramiento efectuado mediante Resolución No. 1391 del 01 de marzo de 1975 como docente de tiempo completo.

2.2. La decisión de primera instancia

La actuación acusada. La actora solicita la nulidad de la Resolución Núm. 1044 de Marzo 12 de 2001, expedida por la secretaria de Educación de Bogotá a través de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la Actora efectuado mediante Resolución No. 1391 del 01 de abril de 1975 como docente de tiempo completo al servicio del Distrito de Bogotá, 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 la mencionada Resolución la Administración esgrimió que

"... revisada la hoja de vida de la señora Olaya de Nieto Irma Dalinda se constató que fue vinculada mediante resolución 1391 de 01/03/1975 como docente de tiempo completo al servicio del Distrito especial de Bogotá..."

"...ingresó al Servicio del Departamento de Cundinamarca como docente de tiempo completo el 24/04/1963 y su vinculación se encuentra vigente".

"Que es deber de la Administración ponerle fin a la incompatibilidad Constitucional y Legal de ocupar dos cargos como docente de tiempo completo, declarando la insubsistencia del último cargo..." (Fls. 4 y 5 Cdo Ppal Exp.).

En la demanda: El acto fue acusado por violación del orden jurídico, especialmente, del Estatuto Docente, Decreto 2277/79, en aspectos como la estabilidad; la destitución previa exclusión del escalafón a menos que obre solicitud de juez competente o de la Procuraduría; el derecho a permanecer en el cargo hasta la edad de retiro obligatorio mientras no sea excluida del escalafón y, en especial, porque la doble vinculación no está consagrada como causal de retiro del servicio.

La sentencia del A-quo. El A-quo negó las súplicas de la demanda por cuanto consideró que los actos acusados fueron expedidos por el funcionario competente, con fundamento en la

Constitución y la Ley vigente al momento de la expedición de los mismos, con el único fin de velar por el interés general y el erario público.

2.2. La segunda instancia

De las vinculaciones compatibles e incompatibles. Posición Jurisprudencial- 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**, porque hace referencia expresa a ellos, y dicho literal no les permite el desempeño de dos cargos de tiempo completo; siendo legal la labor docente no simultánea de tiempo completo y de hora cátedra, hasta antes de la vigencia del Art. 19 de la Ley 4a de 1992. A partir de esta norma quedó vedado a una misma persona ocupar en forma simultánea dos cargos, independiente de su dedicación, permitiéndose solamente recibir en forma adicional honorarios por hora cátedra, es decir, por horas de clase efectivamente dictadas, situación que no se puede predicar de aquellos vinculados legal y reglamentariamente con dedicación de tiempo completo o parcial, en razón de que la jornada laboral comprende labores de administración, cumplimiento del calendario, atención y preparación de la asignación académica, investigación de asuntos pedagógicos, labores de orientación, disciplina y formación de alumnos de acuerdo con el Decreto 179/82.¹

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

¹ Sent. de Feb. 17/93 M, P. Clara Forero de Castro. Exp, 5949
Sent. de Feb, 01/01 M, P, Alberto Arango Mantilla. Exp. 1578-99.

motivada que se le aplicó al nombramiento de la Actora 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 fáctico la argumentación de la P. Actora en el sentido de que era necesario efectuar, previamente, tanto la exclusión del escalafón de la actora como el adelantamiento del proceso disciplinario contemplado en la ley 200 de 1995 a riesgo de quebrantar el debido proceso del artículo 29 constitucional.

De otro lado, 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 de la Actora 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 de la docente toda vez que la Actora conservó su vinculación como educadora, 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 19 de agosto de 2004, proferida por la Subsección tercera - Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso No. 01-6287, instaurado por IRMA DALINDA OLAYA DE NIETO 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