



Concepto Sala de Consulta C.E. 1508 de 2003 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil tres (2003)

Radicación número: 1508

Actor: MINISTRO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Referencia: EJERCICIO DE DOCENCIA EN JORNADA LABORAL. Régimen disciplinario.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público formula consulta a la Sala sobre la interpretación del régimen jurídico aplicable en materia de ejercicio de la actividad docente, por parte de los servidores públicos de la rama ejecutiva, dentro de la jornada ordinaria, a que se refiere el nuevo Código Disciplinario - ley 734 de 2002 -, en los siguientes términos:

" 1. Al no existir norma legal expresa que establezca la posibilidad de ejercer la docencia de la jornada laboral, en el caso de los servidores públicos de la rama ejecutiva, se debe aplicar de manera general la prohibición, y en ese sentido, no podrían los servidores citados ejercer la docencia, sin excusa alguna, en la jornada laboral?"

2. [Sería aplicable, en defecto de ley, la ponderación de principios de igualdad y razonabilidad de nivel constitucional para permitir dicho ejercicio, bajo ciertos parámetros de control, reposición de tiempo y demás condiciones *que el nominador establecería reglamentariamente en la respectiva entidad?*

3. En el caso de leyes que admiten el ejercicio de la docencia, pero que no fijan un número de horas permitidas, [Cómo se determinaría ese tiempo máximo de colisión entre la jornada de trabajo y la enseñanza?"

[Ver el Concepto de la Sec. General 028 de 2009](#)

I) ANTECEDENTES

A partir de la prohibición contenida en la ley 734 del 2002, [art. 35 numeral 27](#), conforme al cual a los servidores públicos les está prohibido "ejercer la docencia dentro de la jornada laboral, por un número de horas superior al legalmente permitido", el consultante expone varias interpretaciones posibles, a saber:

1. Una primera, de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, según la cual, por tratarse de prohibiciones, su alcance e interpretación debe hacerse en forma restrictiva, limitándose al tenor literal del precepto que las contenga; por ello no podría aceptarse que por otros medios puedan fijarse condiciones extralegales que desarrollen la norma, pues dicha señalización corresponde a la ley y, por tanto, "al no existir determinación legal que especifique las horas permitidas para ciertos servidores, habrá de entenderse que éstos no están en posibilidad de ejercer la docencia durante la jornada laboral."

2. Una segunda interpretación considera que la permisión para ejercer la docencia se encuentra en la ley 4^ª de 1992 (art. 19. d), que regula las excepciones de percibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, entre ellas los honorarios por concepto de hora cátedra, limitados a ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades, la cual indirectamente crearía una permisión de ejercer la docencia dentro de la jornada laboral.

3. Otra tesis estima que se estaría frente a un vacío legal respecto de los servidores públicos de la rama ejecutiva, que debe ser resuelto por las reglas de la analogía y por tanto, "deben aplicarse otras disposiciones, como la ley 270 de 1996, o en general, aquellas que hagan posible la aplicación integral y general de la norma, tanto en lo que prohíbe como en lo que permite. (Cabe agregar que en esta interpretación se haría uso de diferentes reglas de hermenéutica, como la de a igual razón de hecho *igual razón de derecho*). Quedaría sin embargo, latente la pregunta sobre cuál sería la disposición legal aplicable frente a esa laguna normativa. Adicionalmente, la situación se decidiría en cada caso concreto por el operador disciplinario."

4. Otra más, parte de la no derogatoria expresa de la ley 200 de 1995 y, en consecuencia, la disposición de su artículo 44 que preveía excepciones a las incompatibilidades de los servidores y en particular "el ejercicio de la docencia universitaria por ocho horas semanales dentro de la jornada laboral", estaría incorporada a la ley 734 de 2002.

5. Una última, sustentada en la ponderación de principios y normas constitucionales, propone se aplique el principio de igualdad, se armonicen los derechos y deberes relacionados con la educación y criterios de razonabilidad, de manera que el funcionario de la rama ejecutiva pueda ejercer la docencia en igualdad de condiciones a como lo hacen otros funcionarios del Estado. "En el marco de esta interpretación, se considera que si bien la vinculación del servidor público a la administración estatal supone la limitación de ciertos derechos, el cumplimiento de deberes especiales y otros aspectos propios de la sujeción especial en la cual se inserta, -dentro de un criterio de supremacía de la función pública sobre los intereses particulares -, mal puede transgredirse lo que se ha llamado el *círculo razonable* de esas limitaciones, menos aun cuando, como se dijo, estaríamos en un tratamiento desigual no justificado respecto de los funcionarios de la rama ejecutiva frente a otros, como por ejemplo los servidores de la rama judicial. La interpretación de la norma en sentido discriminatorio para los funcionarios de la rama ejecutiva, constituiría un intervención lesiva e injustificada respecto de éstos."

II) CONSIDERACIONES

Régimen de la función pública. La Constitución Política atribuye competencia al legislador para expedir las normas que deben regir el ejercicio de las funciones públicas (art. 150.23), mediante las cuales se exige a sus servidores un determinado comportamiento, de modo que corresponda a las finalidades de la función asignada, toda vez que ellos están al servicio del Estado y de la comunidad y actúan en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (art. 123).

Así mismo, se entrega a la ley la capacidad jurídica para determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (art. 124), sobre la base de que éstos responden por infracción de la Constitución y las leyes - como los particulares -, y adicionalmente por omisión o extralimitación de sus funciones (art. 6°).

Tal contenido del régimen disciplinario se encuentra previsto, de modo general - ya que no existe en la Carta disposición especial que unifique la materia disciplinaria, pues están previstos distintos estatutos y competencias especiales para examinar la conducta de los servidores públicos y sancionar las faltas en que incurran -, en la ley 734 de 2002 por la cual se expidió el nuevo Código Disciplinario, el cual pone de presente explícitamente la razón de ser de la sujeción de sus actos a los cometidos de la función pública, al disponer que el sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes (art. 22).

La incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este estatuto, que signifique incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, constituye falta disciplinaria, y por tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente (art. 23).

Ejercicio de la docencia. Dentro de este contexto se impone como uno de los deberes del servidor público "dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales" (art. 34.11), precepto que guarda relación con la permisión de desarrollo de actividades diferentes al ejercicio de la función pública, como es el de la "docencia, dentro de la jornada laboral, por un número de horas superior al legalmente permitido", contenido en el artículo 35, numeral 27, *ibídem*.

Estas normas tienen su antecedente más próximo en la ley 200 de 1995, artículos 40 numeral 11, y 44 numeral 2., en los cuales se exigía, del mismo modo, "dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales referentes a la docencia universitaria" y constituía excepción a las incompatibilidades "el ejercicio de la docencia universitaria, hasta por ocho horas semanales dentro de la jornada laboral", sobre las cuales se pronunció la Corte Constitucional para declarar la inexistencia de comprender solamente la docencia universitaria, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"De conformidad con los argumentos expuestos, cuando en los artículos 40 y 44 de la ley 200 de 1995 se otorga un beneficio especial a los servidores públicos que adelantan tareas de docencia universitaria, excluyendo de igual privilegio a los demás que ejercen la docencia a otros niveles, se configura de manera clara e inobjetable una manifiesta violación a la prohibición de consagrar discriminaciones entre personas, pues se están otorgando prerrogativas a un sector de docentes en perjuicio de otros sin justificación alguna. La misma situación se presenta en relación con el artículo 6° de la ley 201 de 1995, cuando se establece igual privilegio para el ejercicio del cargo de Procurador General de la Nación, cual es el de dictar cátedra "universitaria".

Evidentemente que no se encuentra razón constitucional o legal alguna que justifique dicha diferencia, pues si la finalidad de la excepción es la de que los servidores públicos puedan ejercer labores de docencia, no resulta razonable el que la medida limite su aplicación sólo al nivel universitario. Así pues, excluir sólo a los docentes universitarios del régimen de deberes e incompatibilidades de los servidores públicos, y no a los demás que adelantan labores de docencia según el Estatuto Docente, es un claro desconocimiento del artículo 13 de la Carta Política, que propende por el derecho que tienen las personas a que no se consagren excepciones, privilegios o tratos especiales que sean arbitrarios y que por tanto los excluyan de los beneficios que a otros se conceden bajo las mismas circunstancias".¹

Debe advertirse que la ley 200 de 1995 fue derogada por la 734 del 2002, pues este último Estatuto reguló la materia contenida en el primero, con excepciones que no inciden en el tema consultado.

A diferencia del régimen precedente, en el que se preveía expresamente la permisión de la docencia universitaria objeto del pronunciamiento anterior, puede advertirse que en el actualmente vigente el legislador, dentro del ámbito de su capacidad regulatoria, optó por el instrumento de la remisión a la ley para admitir excepciones al deber de dedicación de la totalidad del tiempo al desempeño de las funciones públicas (art. 34.11), de manera que resulta posible la existencia de diversas excepciones no solo referentes a la docencia, siempre y cuando se encuentren previstas en la ley.

Esta remisión se concreta en el mismo Código Disciplinario, al preverse como excepción a las prohibiciones de los servidores el ejercicio de la docencia, dentro de la jornada laboral, pero se acude nuevamente a la remisión legal al determinar el alcance de la prohibición, cuando ésta se ejerza por un "número de horas superior al legalmente permitido". En otros términos, se consagra una permisión de ejercer la docencia, dentro de la jornada laboral, pero por el número de horas que establezca el legislador. Ello trae como consecuencia jurídica, en primer término, que solamente un precepto de esta jerarquía normativa -legal-, tiene la virtualidad de determinar el número de horas permitidas, pues una regla de un valor normativo inferior, como un acto administrativo, desconocería tal mandato legal. De otra parte, esta disposición, en opinión de la Sala, guarda correspondencia con las competencias que la Carta defiere al legislador para establecer la responsabilidad de los servidores públicos, entre las que se encuentra la disciplinaria, cuyos supuestos - violación de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, establecimiento de faltas y sanciones - debe ser determinada por la ley, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional²

"En el campo del derecho sancionatorio de los servidores públicos, el principio de legalidad está consagrado en varias normas constitucionales. Primero, los incisos 2_ de los artículos 6_ y 29 establecen que los servidores públicos no pueden "ser juzgados sino conforme a leyes preexistentes", y que "sólo son responsables por infringir la Constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".³ Segundo, con respecto a la regulación de las funciones de los servidores públicos, los artículos 122 y 123 inciso 2_ disponen que éstos "ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento" y que "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento".⁴ Tercero, en cuanto a la responsabilidad de los servidores públicos, el artículo 124 de la Carta dictamina que "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos".⁵

Surge entonces la pregunta de si el término "ley" contenido en las disposiciones anteriores excluye o no la consagración de prohibiciones en los "reglamentos". Así, la expresión "ley" pudo haber sido utilizada por el constituyente de manera genérica de manera tal que el comportamiento prohibido, a causa del cual el Estado sanciona disciplinariamente a los servidores públicos, puede estar descrito en normas de cualquier nivel jerárquico. Por el contrario, el constituyente pudo haber ordenado que las normas que establecen las prohibiciones de los servidores públicos deben ser de rango legal." (...)

"Del análisis anterior se desprende que las prohibiciones de los servidores públicos deben ser estipuladas por el legislador. Ahora bien, en lo que respecta a los deberes funcionales, en concordancia con los artículos 6_, 122 y 123 de la Constitución, la misma ley puede establecer que el funcionario que se extralimite, infrinja u omita el ejercicio de sus funciones, aún las detalladas en el reglamento, incurre en una falta disciplinaria⁶ Cuando el legislador emplea esta técnica legislativa, la configuración de la falta depende tanto de la ley, que crea la prohibición y remite a una norma de menor nivel jerárquico que delimita su contenido, como del reglamento, que detalla las funciones del funcionario.⁷ Empero, como la norma acusada en el presente proceso no es una manifestación de esta técnica, sino que permite que el reglamento mismo cree la prohibición, la Corte no se detendrá en este punto relativo a los deberes funcionales del servidor público y a las condiciones en las cuales el desconocimiento de lo establecido en el reglamento puede constitucionalmente dar origen a responsabilidad disciplinaria.

La norma acusada por este primer cargo dice que " a todo servidor público le está prohibido" hacer lo que el propio artículo señala en varios numerales, pero agrega, en el numeral 35, que los servidores públicos también serán responsables disciplinariamente por transgredir "las demás prohibiciones consagradas en la ley y reglamentos." Así, de manera expresa la norma acusada establece una excepción al principio de reserva de ley en la enunciación de las prohibiciones en el ámbito del derecho disciplinario y delega completamente en el reglamento la creación de prohibiciones de las cuales se deriva responsabilidad disciplinaria. Al hacer esto, el legislador violó el principio de legalidad comprendido dentro de la garantía del debido proceso."

Entonces, corresponde a la ley determinar el número de horas de ejercicio de la docencia. Sin embargo, si la ley, por olvido involuntario, no señaló el término máximo de la autorización conferida, en aplicación de los principios de "igualdad" y el de "donde hay una misma razón debe existir una misma disposición", la Sala considera que puede acudirse al efecto útil de las normas y, por tanto, buscar en la normatividad vigente un límite razonable de horas para que, en el caso materia de consulta, se dé la posibilidad del ejercicio de la docencia.

De la misma manera, las condiciones de ejercicio de la actividad docente contenidas en el Código Disciplinario, anteriormente descritas, constituyen el régimen general pero ello no excluye la vigencia de disposiciones especiales como las previstas en la ley 4^ de 1992, artículo 19 letra d)⁸ de conformidad con el cual puede percibirse más de una asignación del Tesoro Público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Esta opción se halla, por ejemplo, en algunos regímenes disciplinarios especiales⁹ que prevén condiciones particulares de la permisión de docencia, como el de la rama judicial consagrado en el párrafo 2° del artículo 151 de la ley 270 de 1996, en el cual los funcionarios y empleados de la Rama Judicial podrán ejercer la docencia universitaria en materias jurídicas hasta por cinco horas semanales siempre que no se perjudique el normal funcionamiento del despacho judicial. Igualmente, con las mismas limitaciones, pueden realizar labor de investigación jurídica e intervenir a título personal en congresos y conferencias.

1. La ley 734 del 2002 permite ejercer la docencia dentro de la jornada laboral, dentro del límite legalmente permitido. Como no existe norma expresa a este respecto, en el caso de los servidores de la rama ejecutiva del poder público, por analogía puede acudirse a lo regulado por la ley 270 de 1996, art. 151, parágrafo 2, en el caso de los empleados de la rama judicial.
2. No es jurídicamente posible que un acto administrativo, expedido por una autoridad nominadora, determine los elementos y condiciones de una prohibición disciplinaria, pues esta competencia corresponde al legislador (ley 734 de 2002, art. 35.27).
3. La determinación del número de horas que permitan el ejercicio de la docencia, dentro de la jornada laboral (ley 734 de 2002, art. 35.27), corresponde a la ley.

Transcríbese al seDor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI
Presidenta de la Sala
FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE

JORGE MURGUEITIO CABRERA

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 Sentencia C - 317 de 1996 de la Corte Constitucional. Se dijo también en esta providencia: "Ya esta Corporación había tenido oportunidad de referirse al tema cuando se demandó la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la ley 136 de 1994, en las cuales se estableció una excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los concejales en el ejercicio de sus cargos, consistente en permitirles a estos servidores públicos el desarrollo de labores docentes en instituciones "universitarias o de educación superior". En esa oportunidad consideró la Corte que se vulneraba en forma ostensible el ordenamiento constitucional en lo que hace al principio de igualdad, pues se otorgaba un privilegio injustificado en favor de un sector de docentes -universitarios- frente a otros que se desempeñaban en niveles diferentes de educación."(...) (Sentencia C-231 de 1995, Magistrado Ponente, doctor Hernando Herrera Vergara). (...). "Así entonces, encuentra la Corte, con fundamento en el artículo 13 de la Constitución Política, que la excepción al régimen de deberes e incompatibilidades contenida en los artículos 40 y 44 de la ley 200 de 1995 y 6° de la ley 201 del mismo año, debe aplicarse sin discriminación alguna a aquellos servidores públicos que ejerzan la docencia, independientemente del nivel educativo en el que la desarrollen, razón por la cual se procederá en la parte resolutoria del presente fallo, a declarar inexecutable la palabra "universitaria" contenida en los artículos 40 y 44 de la ley 200 de 1995 y 6° de la ley 201 del mismo año."

2 Sentencia C - 328 de 2003.

3 Los enunciados pertinentes de los artículos 6_ y 29 de la Constitución establecen: "Artículo 6_ inciso 2o. (*) Los servidores públicos lo son [responsables] por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Artículo 29 inciso 2_: (*) Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (*)".

4 Las disposiciones constitucionales mencionadas disponen lo siguiente: "Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento. Artículo 123 inciso 2_. Los servidores públicos (*) ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento."

5 "Artículo 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva."

6 Por ejemplo, el numeral 1_ del artículo 35 del Código Disciplinario Único establece que: "Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo."

7 Cabe anotar que el Código Disciplinario Único establece: "Artículo 4_ de la Ley 756 de 2002: El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización."

8 Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 133 de 1993, en la que se afirmó: "No comparte la Corte el criterio del actor pues si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc."(...) Entonces como fue el mismo Constituyente quien autorizó al legislador para estatuir los casos de excepción a la citada incompatibilidad, bien podía el Congreso proceder a fijarlas sin cortapisa alguna, salvo el respeto por las normas constitucionales que regulen los derechos o establezcan las garantías que en lo referente al tema sean pertinentes, ya que en la disposición superior mencionada -artículo 128-, no se le señaló pauta, limitación o condicionamiento específico para su debido ejercicio. Vistas las distintas situaciones que aparecen en la norma

acusada y confrontadas con la Carta Política, no encuentra esta Corporación que vulneren ninguno de sus mandatos y, por el contrario, considera que ellos obedecen exclusivamente a la voluntad del legislador, quien fundamentado en juicios o criterios administrativos, laborales, sociales, de conveniencia o de necesidad, los instituyó como a bien tuvo, sin que esta Corporación pueda controvertir esas determinaciones".

9 La Constitución Política dispone la expedición de varios regímenes disciplinarios especiales: de la Procuraduría General de la Nación, de la Fuerza Pública, de la universidad pública; de la Fiscalía General de la Nación; además para los magistrados de las distintas cortes.

SERVIDOR PÚBLICO - Ejercicio de la docencia en jornada laboral. Límite. Marco legal / EJERCICIO DE DOCENCIA EN JORNADA LABORAL - Número de horas permitido para servidor público de la Rama ejecutiva. Marco legal / PRINCIPIO DEL EFECTO UTIL DE LA NORMA - Aplicación. Determinación del número de horas para ejercicio de docencia por servidor público / JORNADA LABORAL - Ejercicio de la docencia por servidor público. Marco legal / DOCENCIA - Ejercicio por servidor público de la rama ejecutiva. Normatividad aplicable

La ley 734 del 2002 permite ejercer la docencia dentro de la jornada laboral, dentro del límite legalmente permitido. Como no existe norma expresa a este respecto, en el caso de los servidores de la rama ejecutiva del poder público, por analogía puede acudirse a lo regulado por la ley 270 de 1996, artículo 151, parágrafo 2, en el caso de los empleados de la rama judicial. No es jurídicamente posible que un acto administrativo, expedido por una autoridad nominadora, determine los elementos y condiciones de una prohibición disciplinaria, pues esta competencia corresponde al legislador. La determinación del número de horas que permitan el ejercicio de la docencia, dentro de la jornada laboral, corresponde a la ley.

NOTA DE RELATORÍA: Autorizada la publicación con oficio 321 de 27 de agosto de 2003.

Fecha y hora de creación: 2024-12-13 07:45:31