



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

02-8739

Bogotá, D.C Mayo 28 de 2009

Radicación 05-2009-11782

Señora
MÉLIDA TASCÓN BERÓN
Carrera 13 No. 12-75
Guadalajara de Buga - Valle

Asunto: Derecho de petición. Reintegro al cargo como docente por despido sin justa causa, amparada en el Decreto Ley 2277 de 1979.

I. PETICIÓN:

Solicita la peticionaria que mediante la acción de verificación y control de las quejas formuladas deje sin efecto total o parcialmente el proceso de selección citado en la convocatoria ante la ocurrencia de irregularidades, como son:

Que exista un listado de docentes que estén amparados por el Decreto 2277 de 1979, y que conforme a la Ley 715 de 2001 son los opcionados para ocupar las vacantes que hoy en día son efecto de concurso que todavía se encuentran disponibles.

Que mediante comunicación oficiosa se le comunique al gobernador y secretarios de educación que los docentes amparados por la Ley indicada anteriormente, no podrán ser obligados a concursar y que el hecho de no participar, no es causal para retirarlos del mismo, y que el educador que desee participar lo hará de forma voluntaria.

Que los docentes amparados por el Decreto 2277 de 1979 y la Ley 715 de 2001 en su artículo 38 “estaremos accionados (sic) a incorporarnos a la carrera sin necesidad de concurso y nueva inscripción porque nuestro despido fue sin justa cusa”.

Que se haga la inclusión en la carrera docente que fueron desvinculados, porque de no ser así, el departamento y los municipios no estarán exonerados de pagara indemnizaciones.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO SEÑALADOS POR EL PETICIONARIO:

Expresa la señora Mélida Tascón Berón, que es egresada de la Universidad del Bosque de Santafé de Bogotá, en donde obtuvo el título de licenciada en educación básica con énfasis en ciencias naturales y educación ambiental en octubre de 2001. Señala además que ingresó al grado 1 del Escalafón Nacional como bachiller pedagógico, en abril de 1997 y que actualmente ostenta el grado

Informa la peticionaria que inició sus labores como docente el desde el 1 de enero de 1996, y que fue retirada el 18 de agosto de 2009. (sic). Dice haber prestado sus servicios en el Municipio de San pedro, desde el 1 de enero de 1996 y hasta el 31 de diciembre de 2003,



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

mediante órdenes de prestación de servicios en forma continua, y desde el 29 de diciembre de 2003 hasta el 18 de agosto de 2008, con nómina del Departamento del Valle DEL Cauca, para un tiempo de servicio de 12 años y nueve meses.

Refiere la solicitante, que mediante Resolución 798 del 31 de julio de 2008 se dio por terminado el contrato de trabajo, aduciendo la Secretaría de Educación que había que nombrar a los docentes que se inscribieron y ganaron el concurso de méritos conforme al Decreto 1278 de 2002, agregando la peticionaria que no participó en el concurso porque la ley la protegía en sus derechos adquiridos.

Considera que con dicha determinación se violaron los derechos fundamentales establecidos en el título II de los derechos, las garantías y los deberes. Capítulo 1, artículos 13 y 25 de la Constitución Nacional, como son: derecho al trabajo, a la igualdad al debido proceso, favorabilidad de la ley, con los siguientes argumentos:

A. Derecho al trabajo:

Expresa la peticionaria que para el momento en que se le otorgó el escalafón No. 1 se encontraba vigente el Decreto 2277 de 1979, en el cual se exigía que el bachiller pedagógico debía iniciar con los estudios necesarios para obtener el título de licenciado con una duración de 5 años.

Cita el párrafo 2 del artículo 116 de la Ley 115 de 1994, así como el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, y argumenta que pese a la existencia de estas leyes, la Secretaría de Educación Departamental viola el derecho al dejar sin vigencia el contrato de trabajo, despido que es sin justa causa, teniendo en cuenta que mediante comunicación ministerial No. 27 del 30 de noviembre de 2004, la Ministra de Educación indicaba que el artículo 7 del Decreto 1278 de 2002, no se debía aplicar a los docentes que a las fechas de dicho decreto ya estuvieran vinculados y escalafonados. Refiere además, que en Sentencia C. 17 (sic), se declaró inexecutable el mencionado artículo.

Considera la solicitante que con el desconocimiento de dicha comunicación y de la sentencia de la Corte constitucional, y la errónea interpretación del Decreto 1278 le violaron el derecho al trabajo, que se tipifica como despido sin justa causa según el artículo 65 del Código sustantivo del trabajo.

B. Derecho a la igualdad:

Expresa la peticionaria que la no aplicación de las leyes y decretos que rigen la carrera docente, rompe el derecho a la igualdad y la coloca en desfavorabilidad porque la obligan a concursar sin que se lo exija la ley.

En este acápite, la solicitante refiere el artículo 28 del decreto 2277 de 1979 sobre la estabilidad del educador escalafonado y aduce que el derecho a la igualdad también se violó porque la carrera docente es el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente. Cita además, el artículo 26 del mencionado decreto, la Ley 115 DE 1994, el artículo 35 de la Ley 715 de 2001, argumentando que con la aplicación del Decreto 1278 de 2002 se viola la favorabilidad de la ley, por lo que no se le podía aplicar este Decreto..



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

C. Favorabilidad de la ley:

Señala la señora Mélida Tascón que la Ley 715 vencía el 21 de diciembre de 2003 y por lo tanto a los que estaban protegidos por la Ley 715 no se les podía aplicar el decreto 1278 de 2002, pues el orden jerárquico de una ley establece que una ley no podrá ser derogada por un decreto.

De otra parte, indica la peticionaria que el desconocimiento de lo enunciado en la petición ubica a los funcionarios de turno en el delito de prevaricato, aduciendo que según la sentencia 635 de 2008 de la Corte Suprema de Justicia dice que la no aplicación de las leyes y que sean cosa juzgada se comete el mencionado delito de prevaricato, y será causal de mala conducta

Finalmente expresa que la inexecutable del artículo 7 del Decreto 1278 es cosa juzgada, y hace referencia a las sentencias 617 y 313 del 2002; 1169 y 647 de 2000.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Para dar respuesta a su derecho de petición, este Despacho considera pertinente hacer las siguientes consideraciones:

1. En relación con el ejercicio de la profesión docente:

En este aspecto es preciso señalar que acorde con la dinámica social, el ejercicio de esta profesión ha venido evolucionando normativamente, de tal manera que en la actualidad se encuentra regulado, principalmente por los siguientes preceptos legales:

1.1 Decreto 2277 de 1979, Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.

En su artículo 5°, el mencionado Decreto establece: *A partir de la vigencia de este Decreto sólo podrán ser nombrados para ejercer la docencia en planteles oficiales de educación quienes posean título docente o acrediten estar inscritos en el Escalafón Nacional Docente...*

A su vez, el artículo 6° de la misma norma define la carrera docente, como *el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector oficial, garantiza la estabilidad de dichos educadores en el empleo, les otorga el derecho a la profesionalización, actualización y capacitación permanente, establece el número de grados del escalafón docente y regula las condiciones de inscripción, ascenso y permanencia dentro del mismo así como la promoción a los cargos directivos de carácter docente.*

Por su parte el artículo 27 dispuso que, ***Gozarán de los derechos y garantías de la carrera docente los educadores oficiales que estén inscritos en el Escalafón Docente, sean designados para un cargo docente en propiedad y tomen posesión del mismo.***



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

1.2 Ley 115 de 1994, Por la cual se expide la Ley General de Educación.

Estipula el artículo 2 de esta ley que, el servicio público de la educación cumple una función social y se fundamenta en los principios de la Constitución Política.

En este sentido vale la pena traer a colación algunos de los preceptos consagrados en la Carta Política de 1991:

Artículo 2. Son fines del Estado, entre otros, los de servir a la comunidad promover la prosperidad General, y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes estatuidos en ella.

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños, entre otros, los de la educación y la cultura, estableciendo que estos derechos prevalecerán sobre los derechos de los demás.

Artículo 125. *El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

Por otra parte, el artículo 105 de la Ley 115 señala que, ***Únicamente podrán ser nombrados como educadores o funcionarios administrativos de la educación estatal, dentro de la planta de personal, quienes previo concurso, hayan sido seleccionados y acrediten los requisitos legales.*** El aparte subrayado fue declarado exequible mediante Sentencia C-493 de 1994 del 3 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

A su turno, el artículo 116 establece que, *Para ejercer la docencia en el servicio educativo estatal se requiere título de licenciado en educación o de postgrado en educación, expedido por una universidad o por una institución de educación superior nacional o extranjera, o el título de normalista superior expedido por las normas reestructuradas, expresamente autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, y además estar inscrito en el Escalafón Nacional Docente, salvo las excepciones contempladas en la presente Ley y en el Estatuto Docente. Este artículo fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-473 de 2006, en forma condicionada, en el entendido de que los bachilleres pedagógicos que hayan obtenido el título correspondiente y hayan sido inscritos en el Escalafón Nacional Docente de conformidad con lo dispuesto en el Decreto ley 2277 de 1979, podrán ser nombrados para ejercer la docencia en planteles oficiales de educación en las condiciones previstas en el mismo decreto.*

El Artículo 218° de la misma Ley señala que, ***las entidades territoriales darán prioridad al nombramiento de docentes y directivos docentes que aún figuren en las listas de elegibles de los concursos realizados por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior - ICFES-, y que no hayan sido incorporados a las plantas de personal docente, en el momento de entrar en vigencia la presente Ley.***

Tales nombramientos se harán en estricto orden según el puntaje obtenido en dichos concursos, siempre y cuando se llenen los requisitos del Estatuto Docente. Este artículo fue declarado exequible mediante Sentencia C 493 de 1994, Corte Constitucional.



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

1.3 Ley 715 de 2001, Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

Dentro de las competencias de las entidades territoriales, en sus artículos 6 y 7, esta Ley dispuso:

Artículo 6°. Competencias de los departamentos. ...6.2.3. *Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley. **Para ello, realizará concursos**, efectuará los nombramientos del personal requerido, administrará los ascensos, sin superar en ningún caso el monto de los recursos disponibles en el Sistema General de Participaciones y trasladará docentes entre los municipios, preferiblemente entre los limítrofes, sin más requisito legal que la expedición de los respectivos actos administrativos debidamente motivados.*

Artículo 7°. Competencias de los distritos y los municipios certificados. 7.3. *Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas, el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley. **Para ello, realizará concursos**, efectuará los nombramientos del personal requerido, administrará los ascensos, sin superar en ningún caso el monto de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones asignado a la respectiva entidad territorial y trasladará docentes entre instituciones educativas, sin más requisito legal que la expedición de los respectivos actos administrativos debidamente motivados.*

Por su parte, el artículo 34 de la Ley 715 de 2001, señaló: *Establecidas las plantas, los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos, **que fueron nombrados con el lleno de los requisitos**, mantendrán su vinculación sin solución de continuidad.*

*Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1° de noviembre de 2000 se encontraban contratados por órdenes de prestación de servicios, **que sean vinculados de manera provisional, deberán cumplir los requisitos de la carrera docente y administrativa para su incorporación definitiva a las plantas que se establezcan***

A su turno, el artículo 38 contempló: *La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, **dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.***

*Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos **vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley**, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.*



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1° de noviembre de 2000 se encontraban contratados en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios, y que cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo, y cuyos contratos fueron renovados en el año 2001, por el municipio o el departamento, indistintamente, serán vinculados de manera provisional durante el año lectivo de 2002. Mientras ello ocurre, deberán, los departamentos y municipios, renovarles los contratos a más tardar el 1° de febrero de 2002.

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que demuestren que estuvieron vinculados por órdenes de prestación de servicios por los departamentos o municipios, dentro de los dos meses antes y el 1° de noviembre de 2000, demostrando solución de continuidad durante ese período, y que cumplan los requisitos del cargo, serán vinculados de manera provisional durante el año 2002. Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1° de noviembre de 2000 se encontraban contratados en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios, y que cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo, y cuyos contratos no fueron renovados en el 2001, serán vinculados durante el año 2002 de manera provisional, previa identificación y verificación de requisitos, salvo que sus contratos hayan sido suprimidos como resultado del proceso de reorganización del sector educativo o de la entidad territorial.

Parágrafo 2°. Para los efectos de la presente ley se entiende por orden de prestación de servicios toda relación contractual directa entre un departamento o municipio y un docente o administrativo para la prestación de servicios de enseñanza o administrativos en una institución educativa oficial, por un término no inferior a cuatro meses, con dedicación de tiempo completo, exceptuando los que se nombran o contratan para reemplazar docentes, directivos docentes o administrativos en licencia, horas cátedra y otra modalidad que no implique vinculación de tiempo completo.

Por último, es importante resaltar que el artículo 111.2 de esta Ley, 715 de 2001, concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República, para la expedición de un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que ingresen a partir de la promulgación de la presente ley, que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias y con los recursos. Este artículo fue declarado exequible mediante Sesdntencia C-617 de 2002.

1.4 Decreto Ley 1278 de 2002, Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente.

Dispone el artículo 2 de este Decreto Ley, que: ***Las normas de este estatuto se aplicarán a quienes se vinculen a partir de la vigencia del presente decreto para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes sean asimilados de conformidad con lo dispuesto en esta misma norma.***

El artículo 11 del decreto referido, señala: *Cuando se produzca una vacante en un cargo docente o directivo docente, el nominador deberá proveerla mediante acto administrativo con*



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

quien ocupe el primer lugar en el respectivo listado de elegibles del concurso. Sólo en caso de no aceptación voluntaria de quien ocupe el primer lugar, se podrá nombrar a los siguientes en estricto orden de puntaje y quien rehuse el nombramiento será excluido del correspondiente listado.

A su vez, el párrafo de este artículo dispone que, *Los listados de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años, contados a partir de su publicación.*

Por otra parte, el Parágrafo del artículo 13 de este mismo decreto preceptúa, *Los educadores contratados por órdenes de prestación de servicio **que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad** en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, serán regidos por las normas de este Estatuto y, **por ende, nombrados provisionalmente** de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001.*

Para ser vinculados en propiedad. y gozar de los derechos de carrera deben superar el concurso de méritos y obtener evaluación satisfactoria del período de prueba, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto.

1.5 Decreto 3982 de 2006, Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-ley 1278 de 2002 y se establece el procedimiento de selección mediante concurso para la carrera docente y se determinan criterios para su aplicación.

El artículo 7 de este decreto establece: *Podrán inscribirse en el concurso de docentes y directivos docentes quienes reúnan respectivamente los requisitos señalados en los artículos 116 y 118 de la Ley 115 de 1994 y los artículos 3 y 10 del Decreto-ley 1278 de 2002. Para efectos del concurso de ingreso a la Carrera Administrativa Docente, el título de Tecnólogo en Educación será equivalente al de Normalista Superior.*

2. En relación con los argumentos de la peticionaria respecto del derecho al trabajo y el despido sin justa causa, artículo 65 del Código Sustantivo Del Trabajo.

En este sentido, es preciso aclarar que el régimen laboral aplicable a los educadores de las instituciones educativas estatales, es diferente al previsto para los establecimientos educativos privados.

En efecto, el artículo 105 de la Ley 115 de 1994, establece: ***La vinculación de personal docente, directivo y administrativo al servicio público educativo estatal, sólo podrá efectuarse mediante nombramiento hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial.***

Así mismo, el artículo 115 de la referida Ley, dispone: ***El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley.***



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

Situación diferente se presenta con el régimen laboral de los educadores privados, regulado en el artículo 196 de la Ley 115 de 1994, según el cual, *El régimen laboral legal aplicable a las relaciones laborales y a las prestaciones sociales de los educadores de establecimientos educativos privados será el del Código Sustantivo Del Trabajo.*

En este orden de ideas, a los educadores de instituciones educativas estatales les serán aplicables, el Estatuto Docente, la Ley 115 de 1994 y las demás normas concordantes y complementarias. Por su parte, a los educadores de establecimientos educativos privados les serán aplicables las normas del Código Sustantivo Del Trabajo, dentro de las cuales se encuentra el artículo 65 referido por la peticionaria, sobre causales de despido sin justa.

Ahora bien, en relación con los derechos adquiridos, el contrato de trabajo y el despido sin justa causa, esgrimidos en este acápite por la señora Mérida Tascón, vale la pena traer a colación algunos apartes de la Sentencia C 1169 de 2004 proferida por la Corte Constitucional, y mediante la cual se declaró la exequiabilidad del artículo 2 y el parágrafo del artículo 13, del Decreto 1278 de 2002, antes citados.

"El Decreto 2277 de 1979 organizó la prestación del servicio público esencial de la educación, a través de la creación de un estatuto para el ejercicio de la profesión docente. Dicho estatuto además de contemplar las condiciones generales para ejercer la docencia, distinguió entre educadores oficiales y no oficiales, y creó el denominado Escalafón Nacional Docente, el cual conforme al artículo 8° del citado Decreto, se entendió como el sistema de clasificación de los educadores de acuerdo con su preparación académica, experiencia docente y méritos reconocidos.

Dada su cobertura y alcance general, el Escalafón Nacional Docente se previó para toda modalidad de educadores, independiente de la institución educativa a la cual prestaran sus servicios. Lo anterior, fue expresamente reconocido en los artículos 3° y 4° del Decreto 2277 de 1979, en los siguientes términos:

"Artículo 3°. Educadores Oficiales. Los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisaral y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este Decreto.

Artículo 4°. Educadores no oficiales. A los educadores no oficiales le serán aplicables las normas de este Decreto sobre escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones. En los demás aspectos del ejercicio de la profesión, dichos educadores se regirán por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, los pactos y convenciones colectivas y los reglamentos internos, según el caso."

En consecuencia, el Escalafón Nacional Docente se estableció como un sistema de clasificación de los educadores para toda modalidad de docentes, ya sean éstos del sector oficial o del no oficial. Sin embargo, en cuanto al primer grupo de educadores, la inscripción en el Escalafón se convirtió en conditio sine qua non para habilitar a dichos profesionales en el acceso, permanencia y retiro de la carrera docente⁷.

Ahora bien, un análisis sistemático de los artículos 27 y subsiguientes del Decreto 2277 de 1979, permite concluir que para ingresar a la carrera docente en el sector oficial, se exigió no sólo la inscripción en el Escalafón Nacional Docente, sino también la superación de las etapas en los procesos de selección o concurso, el nombramiento en propiedad y la toma de posesión del cargo⁸. Esto significa que el profesional en la educación del sector oficial que no acreditara el cumplimiento de los anteriores requisitos, no podía acceder a la carrera docente, aun cuando se encontrara inscrito en el Escalafón Nacional.

Por otra parte, la aprobación del Acto Legislativo No. 01 de 2001, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, condujo a la necesidad de realizar algunos ajustes normativos en las disposiciones preexistentes en materia de educación, entre ellas, las referentes al régimen de carrera para el personal docente; pues así lo exigía la nueva distribución de competencias y de recursos públicos para la prestación de dicho servicio por parte de las distintas autoridades del Estado. A este respecto, en sentencia C-617 de 2002 (Ms.Ps. Jaime Córdoba Triviño y Alfredo Beltrán Sierra), la Corte precisó:

Carrera 4 No. 75 - 49 Teléfono 325 97 00 - Bogotá D.C. Colombia

www.cns.gov.co



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

"Así, ante una nueva regulación constitucional y legal de la participación de las entidades territoriales en los ingresos de la Nación para la prestación de los servicios que les corresponda de acuerdo con la ley, y entre ellos los de salud y educación, es legítimo que se conciba un nuevo régimen de carrera para el personal de docentes, directivos docentes y administrativos. En el mismo sentido, es legítimo que ese régimen no se aplique a quienes se vincularon antes de la promulgación de esa ley pues la expedición de un nuevo régimen de carrera docente no habilita ni al legislador ordinario ni al legislador extraordinario para desconocer los derechos adquiridos por el personal cobijado por el actual Estatuto Docente. De allí que, con buen sentido, la norma acusada disponga que el nuevo régimen se aplicará únicamente a los docentes, directivos docentes y administrativos que ingresen a partir de la promulgación de la ley".

Partiendo de las anteriores consideraciones, esta Corporación concluye que no le asiste razón al accionante, por los siguientes argumentos:

(i) **El estar "inscrito" en el Escalafón Nacional Docente previsto en el Decreto 2277 de 1979, no implica necesariamente que el educador se encuentre "vinculado" a la carrera administrativa como servidor público del Estado, ya que, por ejemplo, el mismo Decreto, en el artículo 4°, establecía que a los docentes no oficiales (o privados) le eran aplicables las mismas normas sobre el Escalafón Nacional¹⁰.**

(ii) **Los derechos que emanan de la carrera docente establecida en el Decreto 2277 de 1979, en virtud de lo previsto en el artículo 27, se sujetan no sólo a la inscripción en el Escalafón, sino también a la superación de las etapas en los procesos de selección o concurso, a la designación en un cargo docente en PROPIEDAD y a la toma de posesión del mismo.**

En virtud de lo anterior, **no puede un educador que accedió de manera provisional al sector oficial de la educación, por haber sido vinculado con anterioridad mediante contrato de prestación de servicios, en los términos del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, pretender, en strictu sensu, la ampliación de los beneficios reconocidos en el régimen de carrera docente del Decreto 2277 de 1979, pues para su ingreso se requiere como conditio sine quo non haber sido designado en propiedad para el ejercicio de dicho cargo.**

(iii) Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que la existencia de un derecho adquirido (C.P. art. 58), independientemente de la materia jurídica objeto de regulación, se somete al cumplimiento riguroso de los supuestos jurídicos previstos en la ley. Así las cosas, mientras dichos supuestos no se consoliden completamente en el patrimonio de un sujeto a manera de consecuencia jurídica, éste tan sólo tiene la esperanza o probabilidad de obtener algún día los intereses o derechos individuales o sociales creados y definidos bajo el imperio de una ley, denominándose dicho fenómeno como mera expectativa o situación jurídica abstracta¹², a contrario sensu, si todos los hechos jurídicos previstos en la norma, son objeto de realización por el individuo, se producen las consecuencias jurídicas nacidas en virtud de la disposición legal y consolidan a favor de su titular un derecho adquirido o una situación jurídica concreta que debe ser respetada.

...A diferencia de lo expuesto por el demandante, es claro que no se adquieren los derechos de la carrera docente previstos en el Decreto 2277 de 1979, por haber estado inscrito en el Escalafón Nacional Docente, pues dicho sistema de clasificación -según se vio- se aplica indistintamente para los educadores del sector oficial y no oficial.

En segundo término, **para el ingreso a la carrera administrativa docente no sólo se exigía la inscripción en el Escalafón Nacional, sino también superar las etapas del concurso de méritos, lograr el nombramiento en propiedad en un cargo docente y tomar posesión del mismo.**

Desde esta perspectiva, retomando lo previamente expuesto, emana con absoluta claridad que los educadores a los que hace referencia el demandante, sujetos a las directrices del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, fueron nombrados en provisionalidad y, por lo mismo, no adquirieron los derechos y garantías de la carrera docente prevista en los artículos 27 y subsiguientes del Decreto 2277 de 1979."

...los educadores nombrados en provisionalidad conforme al artículo 38 de la citada Ley, al no formar parte de la carrera administrativa docente establecida en el Decreto 2277 de 1979, requerían de algún tipo de iter legislativo que permitiese su vinculación en propiedad, finalidad loable que cumple -en los términos reseñados- el artículo demandado.

En efecto, como se trata de trabajadores no vinculados aún a la carrera administrativa docente, como lo exige la Constitución Política en el artículo 125, **el legislador estableció en el texto demandando, una serie de**



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

pasos y presupuestos jurídicos que hacen viable su ingreso a la citada carrera, en aras de alcanzar los objetivos de mérito, igualdad de oportunidades y profesionalización que se espera con el ingreso y permanencia dentro de dicha institución jurídica.”

En este orden de ideas, es preciso señalar que el hecho de haber trabajado de manera continua mediante órdenes de prestación de servicios, y haber sido nombrada posteriormente en provisionalidad, no comporta la incorporación automáticamente a los educadores, a la carrera docente, pues como claramente lo explica la Corte Constitucional para ingresar a ésta, **se requiere la vinculación del docente, no una nueva vinculación** como erróneamente lo interpreta la peticionaria, al confundir la inscripción en el Escalafón con la vinculación a la carrera.

En efecto, como lo manifiesta la peticionaria, la participación en un concurso es voluntaria, razón de más, para señalar que los docentes que no han concursado, como es el caso de la señora Mérida Tascón, según lo expresado en su escrito, no pueden ser titulares de derechos adquiridos, toda vez, que para pertenecer a la carrera docente se requiere, no solamente estar inscrito en el Escalafón, sino que además se requiere haber superado un concurso de méritos, haber sido nombrado en propiedad y haber tomado posesión del cargo.

De otra parte, se aclara que la terminación de la provisionalidad de un cargo docente, para la provisión de la vacante, con los docentes que se inscribieron y ganaron el concurso, no da lugar a la violación al derecho del trabajo, ni tampoco se enmarca dentro de las causales de despido sin justa causa contempladas en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que la carrera docente se encuentra regulada por un régimen especial consagrado en las normas referidas en el numeral 1 de este documento.

3. En relación con el derecho a la igualdad, y la favorabilidad de la ley, citados por la peticionaria:

Al respecto, vale la pena reiterar lo señalado por la Corte constitucional en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, como el referido anteriormente, y es que una cosa es el escalafón docente, y otra cosa diferente es la carrera docente.

El Escalafón Nacional Docente se estableció como un sistema de clasificación de los educadores, en tanto que, la carrera administrativa constituye, en los términos del artículo 125 de la Constitución Política, una herramienta jurídica para que todas las personas puedan acceder a través del concurso público a los cargos previstos en la Administración, con el propósito específico de realizar las tareas y actividades de los órganos del Estado.

En este sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia Sentencia 562 de 1994, manifestó: **Con el sistema de carrera se realiza más la igualdad, por cuanto el merecimiento es la base sobre la cual el empleado ingresa, permanece, asciende o se retira del empleo. Pero, como lo ha reiterado esta Corporación, la igualdad no implica una identidad absoluta, sino la proporcionalidad. Es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia y eficacia.**



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

*Los criterios de eficacia y eficiencia propios del Estado social de Derecho, **unidos a la igualdad de oportunidades que debe imperar entre quienes pretendan hacer parte del colectivo estatal**, se constituyen entonces en instrumentos que favorecen el cumplimiento de los preceptos constitucionales y los fines esenciales del Estado (CP art. 2º) y que se aplican también en la carrera docente, ya que ésta, como una manifestación concreta de la carrera administrativa, no puede ser ajena al sentido garantista y proteccionista que debe adoptar el aparato estatal en procura de cumplir de la mejor manera el cometido asignado por la Constitución. Esta Corte observa cómo con la instauración en el precitado artículo 105 del sistema del concurso para vincularse al servicio educativo, los fines de la carrera docente se ven asegurados: el concepto de mérito se constituye así en la piedra angular de todo el sistema de educación estatal.*

Tal como lo señala la misma peticionaria, la carrera docente es el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector oficial y garantiza la estabilidad laboral de dichos educadores en el empleo.

Por lo anterior, no puede aducirse que con la aplicación del Decreto Ley 1278 de 2002, para los docentes **que se vinculen** a partir de la vigencia del mismo, se esté violando el derecho a la igualdad, pues por el contrario, con el sistema del mérito se busca garantizar que todas las personas puedan tener acceso a la prestación del servicio educativo estatal.

En este sentido es preciso señalar que, la exigencia del concurso como uno de los requisitos para la vinculación a la carrera docente, de aquellos educadores que aun cuando se encuentren escalafonados no están vinculados, no implica violación al derecho a la igualdad, toda vez que se trata de situaciones fácticas y de derecho, diferentes; la una, referida a los docentes que se encuentran escalafonados y vinculados, y la otra, a aquéllos escalafonados, pero no vinculados.

Respecto de lo expresado por la peticionaria en cuanto a la violación a la favorabilidad de la ley, y el derecho que le asite a la aplicación de la Ley 715 de 2001 y no del Decreto 1278 de 2002, así como a no concursar, se reitera lo siguiente:

- El hecho de estar inscrito en el Escalafon Nacional Docente, no otorga automáticamente el derecho de carrera docente.
- Para ingresar a la carrera docente se requiere haber superado unos supuestos jurídicos, como son: la superación de un concurso de méritos, un nombramiento en propiedad, y la posesión.

En consecuencia, si la peticionaria se encontraba inscrita en el Escalafon Nacional Docente, pero no concursó como lo manifiesta en su escrito petitorio, no le asisten los derechos adquiridos que aduce; tampoco se le viola el derecho a la igualdad, toda vez que, si así lo desea, puede participar en las convocatorias que se adelanten para la provisión de cargos docentes, y no le puede ser aplicado el principio de la favorabilidad referido por la solicitante.

De otra parte se aclara que: la Ley 715 de 2001 no venció el 21 de diciembre de 2003; el Decreto 1278 de 2002, es un decreto con fuerza de ley, de la misma jerarquía de la Ley 715 de 2001, y no la derogó, como lo señala la señora Mérida Tascón.



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

4. En cuanto al desconocimiento de lo enunciado en el derecho de petición, el delito de prevaricato y causal de mala conducta, señalados por la peticionaria.

Sobre el particular se precisa que, este Despacho no es competente para pronunciarse sobre estos aspectos.

5. Sobre la no aplicación del artículo 7 del Decreto 1278 de 2002

Como lo expresa la peticionaria, en efecto, este artículo fue declarado inexecutable, mediante la Sentencia 1169 de 2004, en la que la Corte Constitucional, expresó: *Lo anterior, en la práctica, implica la producción de dos consecuencias jurídicas, a saber: (i) Los títulos que se requieren para el ingreso al servicio educativo estatal, así como para acceder a la carrera administrativa docente, se encuentran previstos en el citado artículo 116 de la Ley 115 de 1994; (ii) La superación del concurso de méritos enunciada en la norma declarada inexecutable, no conduce a la inconstitucionalidad de su exigibilidad, pues su obligatoriedad se deriva directamente del artículo 125 del Texto Superior, y de los artículos 8, 18, 21 y 22 del Decreto 1278 de 2002.*

IV. RESPUESTA A LAS PRETENSIONES DE LA PETICIONARIA:

De acuerdo con lo señalado por la peticionaria y con fundamento en las consideraciones expuestas anteriormente por este Despacho, se concluye:

1. No procede lo solicitado inicialmente por la señora Mérida Tascón, “Que mediante la acción de verificación y control de las quejas formuladas deje sin efecto total o parcialmente el proceso de selección citado en la convocatoria ante la ocurrencia de irregularidades como son:...” En primer lugar, por cuanto no se hace referencia a ningún proceso de selección en particular; en segundo lugar, por cuanto no existen las supuestas irregularidades que según la peticionaria, han ocurrido en las convocatorias que se adelantan para la provisión de empleos docentes y directivos docentes; y en tercer lugar, porque si bien la peticionaria hace alusión en las pretensiones, a la ocurrencia de irregularidades **como son:**, ni siquiera las enuncia, sino que a renglón seguido procede a enlistar otras pretensiones. Adicionalmente, es de anotar, que en ninguno de los apartes de su escrito, la peticionaria fundamenta las mencionadas irregularidades de las convocatorias.
2. No procede la pretensión 1.A) “Que exista un listado de docentes que estén amparados por el Decreto 2277 de 1979, y que conforme a la Ley 715 de 2001 son los opcionados para ocupar las vacantes que hoy en día son efecto de concurso que todavía se encuentran disponibles”, toda vez que:

Lo solicitado por la peticionaria contraría flagrantemente lo consagrado en las normas vigentes sobre la materia, las cuales ya fueron ampliamente expuestas.

Los docentes amparados por el Estatuto 2277 de 1979, son aquellos **que además de estar inscritos en el Escalafon Nacional, superaron un proceso de selección, fueron nombrados en propiedad para un cargo y tomaron posesión del mismo.**



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

Como lo señala el artículo 105 de la Ley 115 de 1994, para vincularse al servicio educativo nacional **se requiere como regla general hacer parte de la lista de elegibles luego del concurso, previa demostración de los requisitos legales.** La provisión de empleos de manera provisional es de carácter temporal.

Cuando se produzca una vacante en un cargo docente o directivo docente, el nominador deberá proveerla mediante acto administrativo **con quien ocupe el primer lugar en el respectivo listado de elegibles del concurso.** Sólo en caso de no aceptación voluntaria de quien ocupe el primer lugar, se podrá nombrar a los siguientes en estricto orden de puntaje.

Los docentes nombrados en provisionalidad, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, **no forman parte de la carrera administrativa docente** establecida en el Decreto 2277 de 1979, **en consecuencia no son los opcionados para ocupar las vacantes disponibles.**

El hecho de que los educadores vinculados mediante órdenes de prestación de servicios estuviesen registrados en el Escalafón docente, no implica que hayan ingresado al régimen de carrera; su relación es meramente contractual y no es producto de un proceso de selección o **concurso, el cual resulta indispensable para ingresar a carrera administrativa docente.**

3. Por las razones expuestas, se niegan las pretensiones efectuadas por la peticionaria, en los numerales 1. B) "...comunicar al Gobernador y Secretarios de educación, "que los docentes amparados por la Ley indicada anteriormente, no podrán ser obligados a concursar y que el hecho de no participar del mismo no es causal para retirarlos del mismo.", y 1.C) "...Que los docentes amparados por el Decreto 2277 de 1979 y la Ley 715 de 2001...estaremos accionados (sic) a incorporarnos a la carrera sin necesidad de concurso..."
4. En cuanto a lo mencionado en el segundo párrafo del numeral 1.C), referido a indemnizaciones, artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y al numeral 1D), de las pretensiones, de la peticionaria, este Despacho se abstiene de pronunciar, toda vez que no es competente para ello.

La presente respuesta se otorga en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Original Firmado
FRIDOLE BALLÉN DUQUE
Comisionado

Proyectó: Ana Dolores Correa