

EDUCADORES
(SITUACIONES ADMINISTRATIVAS)

2009EE70003-29-09-09

Bogota D.C.,

Doctor

Mario Hernán Colorado Fernández

Santiago de Cali

*Ref. Concepto relativo a la compatibilidad entre la prima establecido por el decreto 216 de 1991, expedido por la Administración Municipal de Santiago de Cali, y aquella a la que se refiere el decreto nacional 1381 de 1997. **Radicado 2009IE66137.***

Apreciado Doctor,

En atención a su consulta sobre la compatibilidad de las dos primas de vacaciones establecidas en los decretos citados en la referencia, esta oficina se permite realizar el siguiente análisis, dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del código contenciosos administrativo.

I. Objeto de consulta.

A la consulta elevada ante esta oficina subyace la premisa según la cual un grupo de docentes y directivos docentes de la planta municipal de Santiago de Cali, ha efectuado algunas solicitudes tendientes a que en concurrencia con la prima de vacaciones establecida en el decreto municipal 216 de 1991, se les reconozca igualmente aquella de que trata el decreto 1381 de 1997. Lo anterior, según se manifiesta, teniendo en cuenta que ese grupo de docentes fue vinculado bajo el amparo del decreto municipal 216 de 1991.

Dentro de este contexto, el interrogante formulado plantea una disyuntiva tendiente a dilucidar si la prima municipal es compatible con la establecida en el decreto 1381 de 1997, o si, por el contrario, esta última sustituye a aquella. Esto, para aquellos docentes vinculados al servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 60 de 1993.

II. Consideración Previa.

En primer lugar, valga la pena aclarar que si bien tanto el legislador como la administración en su función reglamentaria han confundido sistemáticamente los conceptos de salarios y prestaciones sociales, incluyendo en este último elementos que resultan ser declarados posteriormente como prestaciones sociales por la jurisdicción, y viceversa, para efectos de la presente consulta esta oficina abordará el análisis de la prima de vacaciones establecida por el decreto municipal 216 de 1991 cómo tratándose de una prestación social, al margen de cualquier juicio de valor sobre la legalidad de la misma. Esto se justifica, por cuanto el

objetivo de dicho decreto era fijar el régimen de prestaciones sociales y otros beneficios para los empleados públicos de la Administración Central del Santiago de Cali, y siendo ello así, mal podría dársele alcance distinto en sede administrativa por parte de esta institución.

III. Análisis concreto de la consulta formulada.

El decreto Municipal 216 de 1991 estableció en su artículo 36 una prima de vacaciones para los empleados de la administración central, de valor equivalente a 33 días de salario para el año 1991 y 36 días para el año 1992.

Por su parte, el decreto nacional 1381 de 1997 estableció una prima de vacaciones para los docentes de los Servicios Educativos Estatales, en una proporción del 40% del salario mensual para el año de 1997 y del 50% a partir del año 1998. El artículo 3º de la norma en comento dispuso que el reconocimiento y pago de la prima de vacaciones no sustituye ni modifica las demás prestaciones o bonificaciones que hoy viene percibiendo el docente.

En este marco normativo, apelando al principio según el cual *“cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.”* (Artículo 27, Código Civil), parecería deducirse, en abstracto, una aparente compatibilidad entre dichas primas.

No obstante, el anterior análisis sería válido únicamente en abstracto, toda vez que resultaría necesario establecer el universo de docentes y directivos que eventualmente podría ser beneficiario de las mismas.

Para ello, consideramos necesario incorporar en el presente análisis las normas del decreto 1919 de 2002, particularmente lo dispuesto por el artículo 1º, según el cual *“A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.”* (Resaltado fuera de texto)

Dentro de esta perspectiva, se puede concluir que la norma transcrita no diferenció el régimen prestacional en función de la fecha de vinculación del empleado, fuera éste docente o no. Resulta entonces que – como quiera que dicha disposición se expide en desarrollo del nuevo régimen de competencias que se desprendió de la Constitución de 1991 y la ley 4ª de 1992 – ésta está llamada a prevalecer y a subrogar tácitamente las disposiciones anteriores de menor o igual jerarquía que le fuesen contrarias. Lo anterior resulta apenas lógico, como quiera que de conformidad con esta órbita de competencias, la Ley 4ª de 1992 prescribió que *“Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte*

el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos." (Art. 10, Ley 4ª de 1992.)¹

Lo hasta aquí expuesto pone de presente una aparente contradicción entre lo dispuesto por el decreto 1919 de 2002 y el decreto 1381 de 1997. Sin embargo, teniendo en cuenta que aquel no exceptuó al personal docente de su ámbito de aplicación, debe concluirse que el régimen prestacional para el personal docente es equivalente al *señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional*, y en este sentido el decreto 1381 de 1997 debe entenderse derogado tácitamente. Luego, a partir de la entrada en vigencia del decreto 1919 de 2002, el interrogante planteado habría perdido el sustento normativo que le daba origen, como quiera que el decreto 1381 de 1997 habría perdido a la sazón su fuerza ejecutoria.

Ahora bien, resulta pertinente detenerse en lo establecido en el artículo 5º del decreto 1919 de 2002, el cual establece: *"Los derechos adquiridos, considerados como las situaciones jurídicas consolidadas a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales, que para efectos del presente decreto se entienden como aquellas prestaciones sociales causadas así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, no podrán ser afectados"*.

Así, pues, para los efectos de esta norma, "derecho adquirido" debe entenderse como las prestaciones sociales causadas, esto es, aquellas que no han sido percibidas, pero para las que ya se cumplieron los supuestos fácticos requeridos por la Ley para acceder a ellas, y, adicionalmente, las prestaciones sociales que efectivamente ha recibido el empleado.

Con el fin de precisar el alcance de este artículo, vale la pena recordar lo expuesto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de julio 17 de 1995, en donde precisó:

"(...) Respecto de los derechos adquiridos de los servidores públicos ha dicho la sala que solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos laborales que el servidor ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependan del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene ningún derecho".

"La garantía de los derechos adquiridos protege aquellos derechos que se consideran han ingresado al patrimonio del titular, como podría predicarse del derecho a un salario causado, a una pensión cuando se ha adquirido el estatus según la ley, a unas vacaciones consolidadas, en fin, a todos los derechos que por el ejercicio del empleo hacen parte del patrimonio del servidor, es decir que tal garantía tiene que ver con las situaciones jurídicas particulares consolidadas, no con la regulación de tipo general y abstracto".

¹ Adicionalmente, el artículo 12 de la ley 4ª de 1992 dispuso que: *"El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad"*.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, esta oficina concluye que la prima establecida por el decreto municipal de 216 de 1991 es incompatible con lo dispuesto por el decreto 1919 de 2002. No obstante, como quiera que el decreto 1381 de 1997 establecía la compatibilidad entre dichas bonificaciones, es posible concluir que durante el lapso de vigencia del decreto 1381 de 1997, tal prima podría haberse recibido por parte de los docentes que fueron beneficiarios de aquella establecida por el decreto 216 de 1991. Sin embargo, tal análisis individualizado escapa al alcance de este concepto.

Finalmente, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, cualquier prima, bonificación, sobresueldo o cualquier otro emolumento decretado por las corporaciones públicas territoriales mediante ordenanzas o acuerdos, o cualquier otro acto administrativo que no se halle dentro de los límites establecidos por la ley o el Gobierno Nacional, de conformidad con lo establecido en la Constitución de 1991, en la ley 4ª de 1992, 60 de 1993 y sus correspondientes modificaciones, no podrá pagarse con recursos del Sistema General de Participaciones, puesto que no pertenecen al régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta.

Cordialmente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

Jefe – Oficina Asesora Jurídica
JSC

--

2009EE14923-20-02-09

Bogotá,

Señora

GLORIA CECILIA MUÑOZ DELGADO

Pasto – Nariño

REF: Su comunicación 2009ER1524 – Funciones psicopedagoga.

Respetada Señora:

En atención a su comunicación de la referencia le manifiesto lo siguiente, no sin antes advertir que el presente concepto es emitido bajo los parámetros establecidos en el artículo 25 del C. C. A.

OBJETO DE LA CONSULTA.

Manifiesta en su comunicación ser docente regida por el decreto 2277 de 1979 con asignación de funciones directamente relacionadas con su perfil profesional de Psicóloga, por lo que solicita se le dé orientaciones en el sentido de si la entidad territorial puede ignorar dicha asignación de

funciones o si por el contrario puede solicitar se le respete el ejercicio profesional que desde el nombramiento ha venido ejerciendo.

NORMATIVIDAD APLICABLE Y CONCEPTO.

Con la ley 715 de 2001 se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias, se certifica en materia educativa a partir del año 2002, a los departamentos y distritos y a partir del año 2003 a todos los municipios mayores de cien mil habitantes, quienes deberán prestar el servicio público de la educación a través de las instituciones educativas oficiales; señalando la norma en sus artículos 34 y siguientes lo referente a la organización de la planta docente, directiva docente y administrativa paga con recursos del Sistema General de Participaciones y la incorporación de dicha planta a la respectiva entidad territorial.

Norma que se encuentra reglamentada por el decreto 3020 de 2002 el cual señala en su artículo 12 que los orientadores que son profesionales universitarios graduados en orientación educativa, psicopedagogía o un área afín, vinculados en propiedad a la planta de personal como docentes o administrativos y que cumplen funciones de apoyo al servicio de orientación estudiantil, no serán tenidos en cuenta para la aplicación de los parámetros establecidos en la norma, relación alumno – docente.

A su vez el decreto 1850 de 2002 en su artículo 6° señala que todos los directivos y los docentes deben brindar orientación a sus estudiantes en forma grupal o individual, con el propósito de contribuir a su formación integral, sin que la dirección de grupo implique para el docente de educación básica secundaria y media una disminución de su asignación académica de 22 horas efectivas semanales.

De otra parte el artículo 22 de la ley 715 de 2001 dispone que cuando para la debida prestación del servicio se requiera el traslado de un docente o directivo docente, el mismo se ejecuta discrecionalmente y por acto debidamente motivado por la autoridad nominadora departamental, distrital o del municipio certificado y cuando se trate de traslados entre entidades territoriales certificadas se requerirá adicionalmente convenio ínter administrativo. Las solicitudes de traslado y permutas proceden estrictamente de acuerdo con las necesidades del servicio y no se puede afectar la composición de planta de personal de la entidad. Norma que se encuentra reglamentada por el decreto 3222 de 2003.

Por tanto, los orientadores con título profesional universitario graduados en orientación educativa, psicopedagogía o un área afín, vinculados en propiedad a la planta de personal como docentes o administrativos, que cumplen funciones de apoyo al servicio de orientación estudiantil, no son tenidos en cuenta en la organización de planta para la aplicación de la relación alumno – docente. La administración del personal docente y administrativo es competencia que la ley le ha asignado con total independencia a la entidad territorial, entendiéndose que comporta la facultad de organizar el servicio y entre otras nombrar, remover, trasladar, sancionar el personal bajo su responsabilidad.²

Finalmente, debe tenerse en cuenta que por principio constitucional, no puede haber empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere estar contemplados en la respectiva planta, queriendo ello decir que la ubicación y desempeño de funciones debe ser acorde con el cargo para el cual se ha nombrado.

Atentamente

² Artículos 6° y 7° ley 715 de 2001 en concordancia con el artículo 153 de la ley 115 de 1994.

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Jurídica

Rdo: 2009ER1524
ERU/Mis documentos/MEN/CONCEPTOS

2009IE19818-20-02-09

Bogotá D.C.,

**Doctora
Gloria Mercedes Álvarez**

Ref. Orientaciones jurídicas relativas a la posibilidad de asignar recursos para la cancelación de primas extralegales a los docentes vinculados con posterioridad de la ley 60 de 1993.

Apreciada Doctora,

Teniendo en cuenta las reiteradas consultas elevadas ante este Ministerio por parte de las entidades territoriales, en las cuales solicitan conceptuar sobre la viabilidad jurídica para reconocer prestaciones y primas extralegales de diversa naturaleza, a los docentes y directivos docentes vinculados al servicio estatal con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 60 de 1993, consideramos útil realizar las siguientes precisiones generales, las cuales esperamos sean de utilidad al momento de evaluar sobre la posibilidad o no de acceder a tales solicitudes.

Si bien el siguiente análisis no pretende ser aplicable por analogía a todas las situaciones particulares que puedan presentarse sobre el particular, consideramos que por medio del presente razonamiento se expone una línea jurídica que – en líneas generales – está llamada a ser aplicada, tratándose del reconocimiento de primas o prestaciones extralegales para aquellos servidores públicos docentes y directivos docente vinculados con posterioridad a la adopción del marco de competencias en materia de fijación salarial y prestacional que se derivó a partir de la expedición de la Constitución de 1991, desarrollado particularmente por la ley 4ª de 1992 y la ley 60 de 1993. Valga la pena aclarar que las siguientes reflexiones hacen abstracción del proceso de nacionalización de la educación establecido por la ley 43 de 1975, como quiera que este estableció precisamente el régimen prestacional que estaría llamado a aplicarse al personal docente en función de la características de su vinculación al servicio.

Por expresa disposición del constitucional – artículo 150 C.P.³ – la competencia para expedir las normas y señalar en ellas los criterios generales para establecer el régimen prestacional y salarial de los servidores públicos corresponde al Congreso de la República.

Dentro de esta órbita de competencias, y reiterando lo expresado por el Ministerio de Educación en diversas oportunidades, resulta apropiado traer a colación lo consignado en la directiva No. 14 de 2003. En dicha oportunidad el MEN recordó que la Ley 4ª de 1992 prescribió que *"Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos."* (Artículo 10 de la ley 4ª de 1992.)

Adicionalmente, el artículo 12 de la misma ley dispuso: *"El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente ley."*

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad".

Por su parte, la ley 60 de 1993 señaló en su artículo 6º que *"(...) el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. (...) El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial, de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la ley 4a. de 1992."*

Finalmente, en este mismo sentido normativo, la ley 115 de 1994 dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales sería el establecido en la ley 91 de 1989 y en la ley 60 de 1993, y el salarial el fijado de conformidad con la ley 4ª de 1992. (arts. 115 y 175)

Dentro de este marco conceptual, es posible entonces afirmar que las anteriores normas desarrollaron de manera general el mandato constitucional plasmado en la carta de 1991 en lo referente a la distribución de competencias para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos docentes y directivos docentes.

Por consiguiente, las disposiciones vigentes a la luz de la constitución de 1886 que permitían un mayor margen de regulación por parte de las entidades territoriales para efectos de determinar el régimen salarial de sus servidores públicos fueron modificadas con la expedición de las normas referidas. Siendo ello así, es necesario concluir la imposibilidad de aplicar las normas salariales o prestacionales territoriales contrarias al nuevo régimen que se establecía de conformidad con lo dispuesto en la Carta de 1991, máxime si se tiene presente que la ley 4ª previó expresamente una sanción de ineficacia para los regímenes que a futuro se establecieran en contravía de lo dispuesto en ella.

³ **Constitución Política. Art. 150 No.** *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública (...)*

Esto, naturalmente, sería aplicable para aquellos servidores que se vincularon con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 60 de 1993, puesto que el régimen salarial o prestacional de aquellos con vinculación anterior debe analizarse bajo la premisa del respeto a los derechos adquiridos.

Dentro de este contexto, resulta particularmente ilustrativo recordar lo expresado por la sección segunda del Consejo de Estado en sentencia de febrero 16 de 2006, en la cual afirmó: “(...) *no sobra advertir que si la ley puede derogar otra ley, con mayor razón puede derogar disposiciones generales que tengan un rango inferior, como es el caso de las ordenanzas. Y no se puede exigir que la Constitución, ni la ley general, al regular una materia y disponer sobre la derogación tácita de las normas que le sean contrarias, tenga que enunciarlas una a una para que sea efectiva dicha derogación, pues así no lo tiene establecido nuestro régimen jurídico. Así las cosas, ni la derogación, ni la vigencia de una norma resultan de la certificación que expida una determinada autoridad sobre la misma, ni de la existencia de una norma o de una sentencia que así lo disponga. La derogación, indiscutiblemente, surge de la contrariedad de una norma con otra de superior rango a la cual esté sujeta en una determinada materia y que sea aplicable en un campo o ámbito preciso.*” (Resaltado fuera de texto)

Lo anterior, claro está, debe enmarcarse en el respeto de las situaciones consolidadas bajo la normatividad vigente. En consecuencia, los derechos salariales y prestacionales adquiridos legalmente se mantienen. Y ello es así, como quiera que el mismo artículo 2º de la Ley 4ª de 1992 ordenó que no se podrán desmejorar los salarios y prestaciones. Se trata – por lo general – de la protección de los derechos adquiridos de aquellos docentes que venían vinculados al servicio educativo con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 60 de 1993, y cuyo régimen salarial y prestacional debe ser, en consecuencia, abordado a la luz de las disposiciones territoriales que se encontraban vigentes para la fecha, en el evento en que la naturaleza determine que pueden ser beneficiarios de éstas.

En este orden de ideas, lo hasta aquí expresado nos permite desagregar las siguientes conclusiones.

1. La expedición de la Constitución Política de 1991 implicó una nueva distribución de competencias para fijar el régimen salarial y prestacional en los diferentes niveles de la administración pública. Ello no se traduce necesariamente en la ilegalidad sobreviniente de los reconocimientos efectuados por las entidades territoriales bajo el amparo de normas anteriores que hubiesen sido expedidas en legal forma por aquellas, de conformidad con la competencia que les fuera atribuida por la anterior constitución y legislación. Esto, por cuanto negar los reconocimientos correspondientes al personal vinculado al amparo del mismo se traduciría en la negación de los derechos adquiridos, situación expresamente prohibida por el artículo 2 de la ley 4ª de 1992.
2. No obstante, de conformidad con las normas analizadas, la variación de dichas competencias implicaba la imposibilidad para la administración de efectuar reconocimientos ulteriores por fuera del marco legal, como quiera que las competencias territoriales que autorizaban a determinar el régimen prestacional y salarial dentro de la respectiva circunscripción no podían proyectar su vigencia después de los cambios introducidos por la Constitución de 1991, la ley 4ª de 1992 y 60 de 1993. Esta situación sería predicable para el personal vinculado con posterioridad a la entrada en vigencia de esta última norma.
3. Con base en lo anterior, esta oficina concluye que para los efectos de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, cualquier prima, bonificación, sobresueldo o cualquier otro emolumento decretado por las corporaciones públicas territoriales mediante

ordenanzas o acuerdos, o cualquier otro acto administrativo que no se halle dentro de los límites establecidos por la ley o el Gobierno Nacional, de conformidad con lo establecido en la Constitución de 1991, en la ley 4ª de 1992, 60 de 1993 y sus correspondientes modificaciones, no podrá pagarse con recursos del Sistema General de Participaciones, puesto que no pertenecen al régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta.

Cordialmente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

Jefe – Oficina Asesora Jurídica
JSC

Bogota D.C.,

**Doctora
Gloria Mercedes Álvarez**

Ref. Concepto relativo a la posibilidad de asignar recursos al Municipio de Cali para la cancelación de primas extralegales a los docentes vinculados con posterioridad de la ley 60 de 1993, con base en lo dispuesto por el decreto 216 de 1991, expedido por el Municipio de Cali. Radicado 2009IE3744.

Apreciada Doctora,

En atención a su consulta en la que informa que la administración del municipio de Cali solicitó certificación y aprobación de la deuda de primas extralegales con base en lo dispuesto en el decreto municipal 216 de 1991, respecto del personal vinculado a su planta de servidores docentes y directivos docentes después de la entrada en vigencia de la ley 60 de 1993, encuentro pertinente efectuar las siguientes observaciones.

IV. Consideración previa.

Mediante oficio radicado bajo el número 2007IE19841 del 12 de diciembre de 2007, esta Oficina Asesora emitió concepto conforme al cual la disposición del decreto 216 de 1991 no debía amparar al personal vinculado al municipio de Cali con posterioridad a la fecha en la que entró a regir la ley 60 de 1993.

No obstante, y con el ánimo de aportar mayor claridad sobre el particular, me permito reiterar algunos aspectos interpretativos sobre las normas en la materia, en el marco de los parámetros establecidos por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

V. Sobre la regulación en materia salarial y prestacional aplicable a los educadores al servicios del Estado.

Por expresa disposición constitucional, artículo 150 C.P., la competencia para expedir las normas y señalar en ellas los criterios generales para establecer el régimen prestacional y salarial de los servidores públicos corresponde al Congreso de la República.

Dentro de esta órbita de competencias, y reiterando lo expresado por el Ministerio de Educación en diversas oportunidades, resulta apropiado traer a colación lo consignado en la directiva No. 14 de 2003. En dicha oportunidad el MEN recordó que la Ley 4ª de 1992 prescribió que *"Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos."* (Art. 10, Ley 4ª de 1992.) (Resaltado fuera de texto.)

Adicionalmente, el artículo 12 de la ley en comento dispuso: *"El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente ley."*

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad".

Por su parte, la ley 60 de 1993 señaló en su artículo 6º que *"(...)El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. (...) El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial, de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la ley 4a. de 1992."*

Finalmente, en este mismo sentido normativo, la ley 115 de 1994 dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales sería el establecido en la ley 91 de 1989 y en la ley 60 de 1993, y el salarial el fijado de conformidad con la ley 4ª de 1992. (arts. 115 y 175)

Dentro de este marco conceptual, es posible entonces afirmar que las anteriores normas desarrollaron de manera general el mandato constitucional plasmado en la carta de 1991 en lo referente a la distribución de competencias para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos docentes y directivos docentes.

Por consiguiente, las disposiciones vigentes a la luz de la constitución de 1886 que permitían un mayor margen de regulación por parte de las entidades territoriales para efectos de determinar el régimen salarial de sus servidores públicos fueron modificadas con la expedición de las normas referidas. Siendo ello así, es necesario concluir la imposibilidad de aplicar las normas salariales o prestacionales territoriales contrarias al nuevo régimen que se establecía de conformidad con lo dispuesto en la Carta de 1991, máxime si se tiene presente que la ley 4ª previó expresamente una

sanción de ineficacia para los regímenes que a futuro se establecieran en contravía de lo dispuesto en ella.

Esto, naturalmente, para aquellos servidores que se vincularon con posterioridad a la vigencia de la ley 60 de 1993, puesto que el régimen salarial o prestacional de aquellos con vinculación anterior debe analizarse bajo la premisa del respeto a los derechos adquiridos.

Dentro de este contexto, resulta particularmente ilustrativo recordar lo expresado por la sección segunda del Consejo de Estado en sentencia de febrero 16 de 2006, en la cual afirmó: “(...) *no sobra advertir que si la ley puede derogar otra ley, con mayor razón puede derogar disposiciones generales que tengan un rango inferior, como es el caso de las ordenanzas. Y no se puede exigir que la Constitución, ni la ley general, al regular una materia y disponer sobre la derogación tácita de las normas que le sean contrarias, tenga que enunciarlas una a una para que sea efectiva dicha derogación, pues así no lo tiene establecido nuestro régimen jurídico. Así las cosas, ni la derogación, ni la vigencia de una norma resultan de la certificación que expida una determinada autoridad sobre la misma, ni de la existencia de una norma o de una sentencia que así lo disponga. La derogación, indiscutiblemente, surge de la contrariedad de una norma con otra de superior rango a la cual esté sujeta en una determinada materia y que sea aplicable en un campo o ámbito preciso.*” (Resaltado fuera de texto)

Lo anterior, claro está, debe enmarcarse en el respeto de las situaciones consolidadas bajo la normatividad vigente. En consecuencia, los derechos salariales y prestacionales adquiridos legalmente se mantienen. Y ello es así, como quiera que el mismo artículo 2º de la Ley 4ª de 1992 ordenó que no se podrán desmejorar los salarios y prestaciones. Se trata de la protección de los derechos adquiridos de aquellos docentes que venían vinculados al servicio educativo con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 60 de 1993.

VI. Análisis concreto de consulta formulada.

Si bien la consulta formulada ante esta oficina pareciera estar dirigida hacia un análisis de vigencia del decreto 216 de 1991, a la luz de los decretos 731 y 745 de 1999, expedidos por la administración municipal de Cali, consideramos pertinente realizar las siguientes aclaraciones circunscritas a la consulta concreta.

Prima facie, valga la pena señalar que si bien realizar un análisis de vigencia en el tiempo sobre la normatividad municipal en la materia es un asunto que escapa a las competencias de esta oficina, no obstante, observamos que los decretos 731 y 745 de 1999, expedidos por el municipio de Cali, reproducen – por lo esencial – el contenido normativo del decreto 1321 de 1993.

En efecto, este último establece que “*Todo servidor público que sea vinculado a la Administración Central Municipal a partir del 1º de octubre de 1993 percibirá únicamente las prestaciones sociales establecidas en la ley.*”

Por su parte, el decreto 731 de 1999, “*Por medio del cual se observan disposiciones constitucionales y legales en materia de prestaciones sociales para el municipio de Santiago de Cali*”, el cual a su vez fue modificado por el decreto 745 del mismo año, establece que el “*El régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos vinculados al municipio de Cali, es el que establece la ley.*”

La comparación de las normas transcritas permite observar que a partir de 1993, el municipio de Cali ya había expedido normas tendientes a armonizar las disposiciones municipales con el nuevo marco de competencias en materia de regulación salarial y prestacional derivado del desarrollo normativo de la Carta de 1991. Lo anterior encuentra, *a fortiori*, un sustento más sólido al analizar los considerandos del decreto 1321 de 1993, de los cuales se desprende que, al igual que los decretos 731 y 745 de 1999, aquel también apuntaba al mismo propósito, es decir, a ajustar las disposiciones municipales a lo prescrito por las normas de superior jerarquía citadas anteriormente.

Ahora bien, al margen de un análisis exhaustivo sobre la vigencia en el tiempo de las disposiciones citadas, y focalizándonos en el decreto 216 de 1991 expedido por la administración municipal, lo hasta aquí expresado nos permite sintetizar las siguientes conclusiones.

4. La expedición de la Constitución Política de 1991 implicó una nueva distribución de competencias para fijar el régimen salarial y prestacional en los diferentes niveles de la administración pública. Ello no se traduce necesariamente en la ilegalidad sobreviniente de los reconocimientos efectuados por la administración municipal bajo el amparo del decreto 216 de 1991, expedido por el Alcalde del Municipio de Cali, *por el cual se fijan las prestaciones sociales y otros beneficios para empleados públicos de la administración central de Santiago de Cali*. Esto, por cuanto negar los reconocimientos correspondientes al personal vinculado al amparo del mismo se traduciría en la negación de los derechos adquiridos, situación expresamente prohibida por el artículo 2 de la ley 4ª de 1992.
5. No obstante, de conformidad con las normas citadas, la variación de dichas competencias implicaba la imposibilidad para la administración de efectuar reconocimientos ulteriores por fuera del marco legal, como quiera que las competencias municipales que autorizaban expedir el decreto 216 de 1991 no podían proyectar su vigencia después de los cambios introducidos por la Constitución de 1991, la ley 4ª de 1992 y 60 de 1993. Esta situación sería predicable para el personal vinculado con posterioridad a la entrada en vigencia de esta última norma.
6. La Administración Municipal de Cali expidió el decreto 731 de 1999, *“por medio del cual se observan disposiciones Constitucionales y Legales en Materia de Prestaciones Sociales para el Municipio de Santiago de Cali.”* Dicha norma, modificada por el decreto 745 de 1999, establece que *“el régimen de prestaciones sociales de los Empleados Públicos Vinculados al Municipio de Santiago de Cali, será el que establece la Ley (...).”* Al margen de la aparente unidad normativa que dichas normas guardan con el decreto 1321 de 1993, la consulta formulada no puede zanjarse en la determinación de una eventual derogatoria del decreto 216 de 1991 por parte de los decretos 731 y 745 de 1999, o incluso por el 1321 de 1993. Esta debe ser abordada desde la esfera de distribución de competencias que se desprendió a partir de la Constitución de 1991.
7. Con base en lo anterior, esta oficina concluye que para los efectos de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, cualquier prima, bonificación, sobresueldo o cualquier otro emolumento decretado por las corporaciones públicas territoriales mediante ordenanzas o acuerdos, o cualquier otro acto administrativo que no se halle dentro de los límites establecidos por la ley o el Gobierno Nacional, de conformidad con lo establecido en la Constitución de 1991, en la ley 4ª de 1992, 60 de 1993 y sus correspondientes modificaciones, no podrá pagarse con recursos del Sistema General de Participaciones, puesto que no pertenecen al régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta.

Finalmente vale la pena señalar que este ministerio a través de las Directivas 14 de agosto 14 de 2003 y 21 de noviembre 30 de 2005, ha dado claras orientaciones a las entidades territoriales respecto de las competencias de la nación y de las entidades territoriales para el pago de primas extralegales.

Cordialmente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

Jefe – Oficina Asesora Jurídica
JSC

2009EE57773-01-10-09

Bogotá D.C.,

Doctor

ENRIQUE VARGAS LEIVA

Neiva – Huila

Ref. Consulta sobre aplicación sentencia de nulidad de la ordenanza 027 de 1977 – Secretaría de Educación del Huila. Rad. 2009ER81892

Respetado Doctor,

En atención a la comunicación radicada bajo el número citado en referencia, por medio de la cual solicita orientaciones sobre el reconocimiento y pago de las primas extralegales quinquenal y de junio, en el marco de la sentencia de nulidad de la ordenanza departamental No. 027 de 1977, decretada por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Contencioso del Huila, esta oficina se permite realizar las siguientes consideraciones, en el marco de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

La consulta formulada tiene como objeto establecer la viabilidad jurídica de continuar reconociendo y pagando la prima de servicios, la prima de junio y el quinquenio, creados por la citada ordenanza.

Pues bien, como quiera que la norma que autorizaba e efectuar dichos reconocimientos fue declarada nula, resulta pertinente hacer referencia a los efectos en el tiempo de la nulidad de los actos administrativos.

Por regla general, los efectos de la declaración de nulidad son *ex-tunc*, es decir, hacia el pasado. Luego, la sentencia que declara la nulidad implica la invalidación del acto, desde el mismo momento que fue expedido.

No obstante, si en principio las sentencias de nulidad de los actos administrativos producen efecto retroactivo, la jurisprudencia ha aceptado que éstas no pueden desconocer los derechos adquiridos.

En el caso concreto del departamento del Huila pueden presentarse dos escenarios. (i) Que los empleados fueran beneficiarios de las primas anuladas con base en actos administrativos individuales. (ii) Que el reconocimiento se efectuara simplemente con base en una operación administrativa, esto es, un reconocimiento en nómina sin mediar acto administrativo individual.

En el primer caso, la jurisprudencia ha sido clara en que los actos administrativos individuales expedidos con base en una norma declarada nula, subsisten hasta tanto no sean revocados con consentimiento del interesado o decretados, a su vez, nulos por la jurisdicción competente. En reiteradas oportunidades, el Consejo de Estado ha insistido en la necesidad de preservar los actos individuales, frente a la desaparición con ocasión de una declaratoria de nulidad de la norma general que le sirvió de fundamento. *"Si bien el juzgamiento de la legalidad del acto administrativo general se realiza respecto de la observancia o no de las normas legales a las cuales debía sujetarse su expedición, esta situación Jurídica debe distinguirse de la intangibilidad de los actos individuales producidos durante su vigencia, pues en aras de la seguridad jurídica de las relaciones del Estado con sus administrados, la decisión no debe afectar la existencia, fuerza ejecutoria y validez de dichos actos administrativos de carácter particular."*⁴

En el segundo caso – cuando no media un acto administrativo individual reconociendo la prestación respectiva – consideramos que la administración no puede continuar realizando operaciones administrativas con base en una norma inexistente, como quiera que el acto administrativo general declarado nulo constituía el fundamento jurídico con base en el cual la administración efectuaba las operaciones de nómina. Así, habiendo desaparecido el acto administrativo del ordenamiento jurídico, las operaciones administrativas autorizadas por este deben correr la misma suerte.

Cordialmente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

Jefe – Oficina Asesora Jurídica
JSC

SAC-30-10-09

Bogotá,

⁴ Ver. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 1551 de 2004.

Señora

KARINA JOHANNA BUITRAGO RESTREPO

REF: Retiro forzoso

Respetada señora:

En atención a su comunicación de la referencia por medio de la cual solicita orientaciones en relación con el retiro forzoso del servicio, ésta oficina se pronuncia en los siguientes términos no sin antes advertir que el presente concepto es emitido bajo los parámetros establecidos en el artículo 25 del C. C. A.

Establece el artículo 31 del decreto 2400 de 1968 que todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empedados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad se harán acreedores a una pensión de vejez de acuerdo con el régimen de prestaciones sociales de los empedados públicos. Pensión de vejez que fue subrogada con la expedición de la ley 100 de 1993, manteniendo su vigencia para los regímenes exceptuados como es el caso de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según lo dispone el artículo 279 de la ley 100 de 1993.

Ahora bien, para los docentes regidos por el decreto 2277 de 1979 el artículo 68 determina que el retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de las funciones del docente y se produce entre otros circunstancias por edad, norma que al ser declarada exequible por la Corte Constitucional, dicha corporación se pronuncio en los siguientes términos: "La consagración legal de una edad de retiro forzoso del servicio público afecta el derecho al trabajo, pues el servidor público no puede seguir desempeñándose en su cargo. No obstante, si la fijación responde a criterios objetivos y razonables, debe afirmarse que, en principio, resulta proporcional a los fines constitucionales cuyo logro se persigue. La posibilidad de retirar a un servidor público de su empleo, una vez ha alcanzado una determinada edad fijada en la ley, es un instrumento de que disponen el legislador y la administración para lograr el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos y el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como trabajadores al servicio del Estado."

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 6º de la Constitución Política determina que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Atentamente

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Jurídica

Rdo: SAC307097 – 2009ER80917
ERU/Mis documentos/MEN/CONCEPTOS

SAC-29-10-09

Bogotá,

Señor

JOSE ANTONIO HERRERA ESTRADA

REF: Derechos docentes

Respetado Señor:

En atención a su comunicación de la referencia por medio de la cual solicita orientaciones en relación con los derechos de los docentes tales como salario y pensión, retiro voluntario compensado, mesada 14 y descuentos pensionales, le manifiesto lo siguiente no sin antes advertir que el presente concepto es emitido bajo los términos del artículo 25 del C. C. A.

NORMATIVIDAD APLICABLE Y CONCEPTO.

Teniendo en cuenta que son varios los temas a tratar, se evacuarán en el mismo orden planteado.

Salario y pensión. El Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, no hace referencia a inhabilidades o incompatibilidades ni a régimen salarial alguno, toda vez que la norma del Ordenamiento Mayor hace alusión al derecho a la Seguridad Social.

Determina la norma que a partir de la vigencia de dicho Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República, y a lo establecido en los párrafos del presente artículo, siendo así que el párrafo transitorio primero establece que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003

Retiro voluntario compensado. De acuerdo con lo señalado en el artículo 26 de la ley 715 de 2001 el gobierno podrá establecer una bonificación para los docentes y directivos docentes pensionados que se retiren voluntariamente y que en la ley del plan 2006 – 2010 (ley 1151 de 2007) se determina que el Gobierno Nacional podrá establecer una partida anual del Presupuesto para el pago de la bonificación para los docentes y directivos docentes pensionados que se retiren voluntariamente del servicio, sin que hasta la fecha se haya reglamentado la materia.

Mesada 14. El acto legislativo 01 de de 2005, que adiciona el artículo 48 de la Constitución, sin establecer excepción alguna, determinó que a partir de su vigencia, todo aquel que cause derecho a pensión, no podrá recibir más de 13 mesadas pensionales al año.

El Consejo de Estado en concepto 1857 del 22 de noviembre de 2007 se pronunció en los siguientes términos: “Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6' del artículo 1' del Acto Legislativo en mención.”

En consecuencia, a partir de la vigencia del acto legislativo 01 de 2005 sólo se recibirán 13 mesadas pensionales al año; salvo docentes que causen el derecho a pensión antes del 31 de julio de 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes.

Descuentos pensionales. De acuerdo con la ley 91 de 1989 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está constituido entre otros recursos por el aporte de los pensionados representado en el porcentaje que se descuenta de cada mesada pensional que paga el fondo incluidas las adicionales, que si bien es cierto inicialmente era del 5%, no es menos cierto que con la expedición de la ley 812 de 2003 se estableció que valor de la cotización de los afiliados al Fondo del Magisterio para salud y pensiones es el correspondiente al establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, debiendo advertirse que al pensionado sólo se le realiza el descuento para salud.

De otra parte, el decreto 1703 de 2002 aplicable incluso a los regímenes excepcionados y especiales, establece que cuando el afiliado como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales está obligado a cotizar, ésta debe efectuarse al FOSYGA

Así las cosas, a los docentes pensionados debe descontársele el porcentaje establecido para el sistema general en salud regulado por la ley 100 de 1993, 797 de 2003 y normas que las modifiquen, adicionen o complementen, porcentaje que es a cargo exclusivo del pensionado

Atentamente

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Jurídica

Rdo: SAC282415 – 2009ER15927
ERU/Mis documentos/MEN/CONCEPTOS

SAC-27-10-09

Bogotá,

Señor

GABRIEL ANTONIO ESCOBAR MORALES

REF: Inhabilidades e incompatibilidades docentes

Respetado señor:

En atención a su comunicación de la referencia por medio de la cual solicita orientaciones en el sentido de establecer si un docente puede ser miembro y tesorero de una asociación sin ánimo de lucro que contrata con entidades estatales y cuyos programas beneficia inclusive al plantel donde

presta sus servicios como docente, ésta oficina se pronuncia en los siguientes términos no sin antes advertir que el presente concepto es emitido bajo los parámetros establecidos en el artículo 25 del C. C. A.

NORMATIVIDAD APLICABLE

Ésta oficina, en solicitud que en tal sentido se realizara mediante comunicación 2009ER2401, se pronuncio en los siguientes términos: “El artículo 105 de la Ley 115 de 1994 señala que los docentes de establecimientos educativos estatales son servidores públicos de régimen especial. Los decretos 2277 de 1979 y 1278 de 2002 son las normas que han establecido el estatuto docente y de profesionalización docente; aplicables dependiendo la fecha de vinculación al servicio educativo estatal; sin que en ellas se establezcan o señalen prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades específicas para dicha clase de servidores por lo que en dicha materia se rigen por las normas generales de todos los servidores públicos.

Establece la Constitución Política en su artículo 127 las incompatibilidades genéricas de los servidores públicos, en tanto que los artículos 36 y siguientes de la ley 734 de 2002 – Código Disciplinario Único – señalan las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de interés. En materia contractual dispone el artículo 8º de la ley 80 de 1993 las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, determinando la norma en su literal f) que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales los servidores públicos.

Los docentes estatales no tienen régimen especial de prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades por lo que se rigen por las normas generales de todos los servidores públicos...”

Las prohibiciones e inhabilidades no pueden extenderse por vía de interpretación, por cuanto las excepciones son de naturaleza restrictiva no susceptibles de aplicarse por analogía o en virtud de interpretación administrativa o jurisprudencial.

En este orden de ideas, considera esta oficina que al no existir disposición alguna que prohíba a un servidor público pertenecer a una asociación sin ánimo de lucro, puede un docente hacer parte de dicha organización.

Atentamente

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO
Jefe Oficina Jurídica

Rdo: 2009ER43873 - ERU/Mis documentos/MEN/CONCEPTOS

SAC-27-10-09

Bogotá,

Señor
JAIRO ANTONIO TEJADA OLIVERO

REF: Pensión Gracia

Respetado señor:

En atención a su comunicación de la referencia por medio de la cual solicita orientaciones para el derecho de la pensión gracia, esta oficina se pronuncia en los siguientes, teniendo en cuenta que los pronunciamientos que realiza este despacho son en derecho y no resolviendo la casuística de cada caso en particulares, no sin antes advertir que el presente concepto es emitido bajo los parámetros establecidos en el artículo 25 del C. C. A.

NORMATIVIDAD APLICABLE Y CONCEPTO.

De acuerdo con la ley 114 de 1913, los maestros de escuela primaria oficial que hayan servido en el magisterio por un tiempo no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia al llegar a la edad de cincuenta años de edad. Prestación que en los mismos términos y por vía jurisprudencial se hace extensiva a los maestros que hayan prestado sus servicios en las escuelas normales o completado sus servicios en establecimientos de enseñanza secundaria, en virtud de las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 respectivamente⁵.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, para tener derecho a la denominada pensión gracia, debe el docente haber laborado durante los 20 años de servicio, en instituciones educativas del orden territorial, sin que pueda computarse para su reconocimiento tiempo de servicios en instituciones educativas del orden nacional.⁶

La ley 91 de 1989 crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableciendo en el literal B del numeral 2º del artículo 15 que los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación. Norma que a su vez define en su artículo primero personal nacional, nacionalizado y territorial.

El Consejo de Estado Sección segunda en fallo del 29 de agosto de 1997 al decidir la consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 28 de octubre de 1993, en el proceso promovido por Wilberto Therán Mogollón contra la Caja Nacional de Previsión Social, en unificación de jurisprudencia, se pronuncia en los siguientes términos:

“Debe advertir la Sala que dado el carácter excepcional con que fue instituida la pensión gracia, para su reconocimiento y pago es indispensable acreditar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos,... Para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después del 31 de diciembre de 1980, no existe la posibilidad del reconocimiento de tal pensión, sino de la establecida en el literal b) del mismo precepto, o sea la "...pensión de jubilación equivalente al 75 del salario mensual promedio del último año", que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal b) No. 2, art. 15 ibídem)

⁵ Sentencia del 22 de octubre de 1999. Consejo de Estado Sección segunda, radicación 617-98. C. P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda

⁶ Fallo del 8 de septiembre de 2005 expediente 3979-04, Sección segunda C. P. Dra. Margarita Olaya. Sentencia de septiembre 7 de 2006 radicado 3208-05 M. P. Dr. Alejandro Ordóñez, sección segunda.

hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente los docentes nacionalizados que, como dice la ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 "tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia...siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos" Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal a), numeral 2, de su art. 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley."

En este orden de ideas, para tener derecho al reconocimiento de la pensión gracia debe el docente haber laborado en instituciones educativas del orden territorial y haber sido vinculado antes del primero de enero de 1981. En el caso en particular, corresponde a la entidad de previsión competente de acuerdo con la documentación que se aporte, el determinar si se cumplen los requisitos establecidos en la norma para tener derecho a la prestación solicitada.

Atentamente

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Jurídica

Rdo: SAC306764 – 2009ER79726
ERU/Mis documentos/MEN/CONCEPTOS

2009EE58600 DEL 12-10-09

Bogotá,

Doctora

DEFANY SILVA MENESES

Popayán – Cauca

REF: Su comunicación 2009ER80149 I 79724 – ABANDONO DE CARGO

Respetada Señora Secretaria:

En atención a sus comunicaciones de la referencia, por medio de las cuales solicita orientaciones relacionadas con el abandono de cargo de los docentes, ésta oficina se pronuncia en los siguientes términos no sin antes advertir que el presente pronunciamiento se realiza bajo los términos establecidos en el artículo 25 del C. C. A.

OBJETO DE LA CONSULTA.

Manifiesta la entidad territorial que desde hace varios años tienen docentes que han abandonado el cargo sin que a la fecha se haya producido decisión alguna por parte de la oficina de Control Interno Disciplinario. Preguntan ¿es viable declarar la vacancia y abandono de cargo establecida en las normas que rigen la materia?

NORMATIVIDAD APLICABLE Y CONCEPTO.

Como ya lo había advertido ésta oficina mediante concepto del 18-01-08 CORDIS 2008EE1677 y el cual se anexa, las normas que rigen la administración de personal del sector público, incluido el sector docente por no tener régimen especial en tal sentido, el abandono del cargo ha sido consagrado como causal autónoma de retiro del servicio en varios textos legales.⁷ El desarrollo de esta causal se encuentra en los artículos 126 y 127 del Decreto 1950 de 1973 que establece en qué eventos se configura el abandono del cargo y así mismo consagra que una vez comprobada alguna de dichas hipótesis, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo previo cumplimiento de los procedimientos legales.

La ley 909 de 2004 dispone en su artículo 41 literal i) que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleo de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, se produce por declaratoria de vacancia de empleo en el caso de abandono del mismo, norma que fue declarada **condicionalmente** exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C 1189 de 2005 “en el **entendido** de que para aplicar ésta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es que se permita al afectado, el ejercicio de su derecho de defensa, previa expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.”, debiendo tenerse en cuenta que tal y como lo ha manifestado dicha Corporación “La Corte Constitucional, en lo que hace a las normas sometidas a su examen, define, con la fuerza de la cosa juzgada constitucional, su exequibilidad o inexequibilidad, total o parcial, con efectos erga omnes y con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna.” (C 600 – 1998)

La jurisprudencia del Consejo de Estado sostenía que la vacancia del cargo por abandono no requería el adelanto de proceso disciplinario alguno. No obstante la misma corporación el posterior jurisprudencia sostuvo que con la expedición del Código Disciplinario Único (ley 200 de 1995) el abandono injustificado del cargo o del servicio era considerado como falta disciplinaria, por lo que se estaría en la obligación de adelantar el proceso disciplinario con el fin de garantizar el debido proceso.⁸ La Sala Plena de la Sección Segunda de la misma Corporación, en fallo del 22 de septiembre de 2005,⁹ unificó jurisprudencia en el siguiente sentido: “*si bien se trata de una misma circunstancia: el abandono injustificado del servicio, comporta efectos autónomos distintos cuando se trata de regular la función pública que cuando se trata de disciplinar a los funcionarios. En esa medida mal puede la causal de abandono del cargo sólo aplicarse previo un proceso disciplinario, pues frente a la administración pública es menester que el nominador cuente con esa herramienta para designar un funcionario en reemplazo del que abandonó sus tareas, para así lograr la continuidad de la prestación del servicio público, fin que no es otro al que apunta esta figura en la función pública*”

De acuerdo con lo anterior y reiterando concepto emitido ya mencionado, considera ésta oficina que procede la declaratoria de vacancia por abandono de cargo como forma establecida en la ley para el retiro del servicio, incluido personal docente y directivo docente sin el requisito previo de el agotamiento del proceso disciplinario, pero debiendo garantizarse el debido proceso y brindar al funcionario la oportunidad de controvertir las razones de su eventual desvinculación, antes de que ésta se produzca, por lo que el proceso disciplinario procedería en consecuencia aun después de agotada la decisión de la

⁷ Decreto Ley 2400 de 1968 modificado por el Decreto 3074 del mismo año y Decreto 1950 de 1973. Así mismo, en las Leyes 27 de 1992, 443 de 1998 y 909 de 2004.

⁸ Ver sentencia del 6 de noviembre de 2003 Referencia: 19001233100019988900 01 No. Interno: 4720-2001

⁹ Expediente 110010325000200300244-01 (2103-03) M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero

declaratoria de vacancia por abandono, con los efectos que la decisión correspondiente enerve. Situación que para el caso consultado debe proceder la administración a legalizarla, más aún cuando se viene presentando desde hace varios años como lo manifiesta en su comunicación, con las consecuencias legales, administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

Atentamente

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Jurídica

Rdo: 2009ER80149 – 2009ER79724
ERU/Mis documentos/MEN/CONCEPTOS

--

2009EE35297-30-06-09

Bogotá,

Doctor

JOSE VICENTE PRIETO BURBANO

Mocoa

REF: Retiro del servicio de docente por abandono de cargo.

Respetado Señor Secretario:

En atención a su comunicación de la referencia, por medio de la cual solicita se le informe si un docente vinculado con el decreto 2277 de 1979 que abandona el cargo sin justa causa y de forma indefinida puede ser retirado del servicio en aplicación del literal i) del artículo 41 de la ley 909 de 2004 y sentencia de la Corte Constitucional C-1189 de 2005, ésta oficina se pronuncia en los siguientes términos no sin antes advertir que el presente concepto es emitido bajo los parámetros establecidos en el artículo 25 del C. C. A.

NORMATIVIDAD APLICABLE.

Como ya lo había advertido ésta oficina mediante concepto del 18-01-08 CORDIS 2008EE1677 y el cual se anexa, las normas que rigen la administración de personal del sector público, incluido el sector docente por no tener régimen especial en tal sentido, el abandono del cargo ha sido consagrado como causal autónoma de retiro del servicio en varios textos legales.¹⁰ El desarrollo de esta causal se encuentra en los artículos 126 y 127 del Decreto 1950 de 1973 que establece en qué eventos se configura el abandono del cargo y así mismo consagra que una vez comprobada alguna de dichas hipótesis, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo previo cumplimiento de los procedimientos legales.

¹⁰ Decreto Ley 2400 de 1968 modificado por el Decreto 3074 del mismo año y Decreto 1950 de 1973. Así mismo, en las Leyes 27 de 1992, 443 de 1998 y 909 de 2004.

La ley 909 de 2004 dispone en su artículo 41 literal i) que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleo de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, se produce por declaratoria de vacancia de empleo en el caso de abandono del mismo, norma que fue declarada **condicionalmente** exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C 1189 de 2005 “en el **entendido** de que para aplicar ésta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es que se permita al afectado, el ejercicio de su derecho de defensa, previa expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.”, debiendo tenerse en cuenta que tal y como lo ha manifestado dicha Corporación “La Corte Constitucional, en lo que hace a las normas sometidas a su examen, define, con la fuerza de la cosa juzgada constitucional, su exequibilidad o inexecuibilidad, total o parcial, con efectos erga omnes y con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna.” (C 600 – 1998)

La jurisprudencia del Consejo de Estado sostenía que la vacancia del cargo por abandono no requería el adelanto de proceso disciplinario alguno. No obstante la misma corporación el posterior jurisprudencia sostuvo que con la expedición del Código Disciplinario Único (ley 200 de 1995) el abandono injustificado del cargo o del servicio era considerado como falta disciplinaria, por lo que se estaría en la obligación de adelantar el proceso disciplinario con el fin de garantizar el debido proceso.¹¹ La Sala Plena de la Sección Segunda de la misma Corporación, en fallo del 22 de septiembre de 2005,¹² unificó jurisprudencia en el siguiente sentido: “*si bien se trata de una misma circunstancia: el abandono injustificado del servicio, comporta efectos autónomos distintos cuando se trata de regular la función pública que cuando se trata de disciplinar a los funcionarios. En esa medida mal puede la causal de abandono del cargo sólo aplicarse previo un proceso disciplinario, pues frente a la administración pública es menester que el nominador cuente con esa herramienta para designar un funcionario en reemplazo del que abandonó sus tareas, para así lograr la continuidad de la prestación del servicio público, fin que no es otro al que apunta esta figura en la función pública*“

De acuerdo con lo anterior y reiterando concepto emitido ya mencionado, considera ésta oficina que procede la declaratoria de vacancia por abandono de cargo como forma establecida en la ley para el retiro del servicio, incluido personal docente y directivo docente sin el requisito previo de el agotamiento del proceso disciplinario, pero siendo preciso el garantizar el debido proceso y brindar al funcionario la oportunidad de controvertir las razones de su eventual desvinculación, antes de que ésta se produzca, por lo que el proceso disciplinario procedería en consecuencia aun después de agotada la decisión de la declaratoria de vacancia por abandono, con los efectos que la decisión correspondiente enerve.

Atentamente

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Jurídica

Rdo: 2009ER30042
ERU/Mis documentos/MEN/CONCEPTOS

¹¹ Ver sentencia del 6 de noviembre de 2003 Referencia: 19001233100019988900 01 No. Interno: 4720-2001

¹² Expediente 110010325000200300244-01 (2103-03) M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero

2009EE17-04-09

Bogotá, D. C.

Doctor

EDGAR JESÚS DIAZ CONTRERAS

Cúcuta - Norte de Santander

Asunto: Procedimiento abandono de cargo de docentes

OBJETO DE LA CONSULTA

“(...) venía laborando como docente en continuidad..., no se le han cancelado los salarios desde el mes de septiembre del año inmediatamente anterior, por no presentar constancias de que ha venido laborando... caso que fue remitido a control interno disciplinario para que se adelante el trámite respectivo por abandono de cargo... nos señalan... Decretar la vacancia del cargo... 1. Cual es el procedimiento para retirar del servicio a la docente en cuestión? 2. Se le deben cancelar los salarios o se deben retener debido a que la docente no justifica y el rector certifica que nunca se presentó a laborar? 3. Desde que fecha se debe retirar?...”

NORMAS y CONCEPTO

De conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle que el Decreto 1950 de 1973 en lo relacionado con la vacancia de los empleos, disponía que se consideraba que un empleo estaba vacante definitivamente, entre otros por destitución (*Artículo 22, 125*); los artículos 126, 127 y 128 de esta norma, que trataban sobre abandono del cargo y expresaban que comprobada cualquiera de las causas por la cual se comprobara este, para que la autoridad nominadora declarara la vacancia, perdió vigencia con la expedición de la ley 200 de 1995.

La Ley 200 de 1995 fue la primera norma en adoptar el Código Disciplinario Único, que se debía aplicar a todos los servidores públicos "sin excepción alguna"

y derogó las disposiciones generales "o especiales" que regulen materias disciplinarias a nivel Nacional, Departamental, Distrital o Municipal, o que le sean contrarias, salvo los regímenes especiales de la fuerza pública, de acuerdo con lo establecido en su artículo 175, y fue derogada por la Ley 734 de 2002 por la cual se expide el Código Disciplinario Único, y en su Artículo 223 dispone que sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

Por lo anterior, le manifiesto que de conformidad con los artículos 2, 69, 70, 76 de la Ley 734 de 2002, el funcionario competente de la oficina de control interno disciplinario para conocer los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias (*entre otros los docentes*) una vez tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria, debe iniciar inmediatamente la acción disciplinaria; durante la investigación o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.

En conclusión, en atención a su solicitud le manifiesto que para efectos de suspensión del servicio a un docente que ha incurrido en presunto abandono de cargo, esta debe ser ordenada por el funcionario que esté adelantando la investigación, la no prestación oportuna del servicio para el cual están vinculados por el Estado no amparados en justa causa previamente definida en la ley se entiende ilegal y generará la no causación de la remuneración correspondiente en los términos previstos en los Decretos 1647 de 1967 y 1844 de 2007.

Para su conocimiento y demás fines, se transcriben apartes de la sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, del veintiuno (21) de junio de dos mil uno (2001), radicación número: 05001-23-31-000-1996-0885-01(533-00), relacionada con declaratoria de la vacancia del cargo por abandono de este, así: *"Para resolver se considera: 1. Según el artículo 25 del decreto ley 2400 de 1968, modificado por el 1º del decreto 3074 ídem, el abandono del cargo era una causal autónoma de retiro del servicio, independiente de proceso disciplinario, ya que este podría conducir a otra, o sea la destitución.*

2. De ahí que la jurisprudencia laboral del Consejo de Estado siempre sostuvo que para los efectos de declarar la vacancia del cargo por abandono no se requería de adelantar un proceso disciplinario, conforme lo transcribió el Tribunal de primera instancia.

3. Pero, la situación cambió sustancialmente a partir de la vigencia de la ley 200 de 1995, porque este Código Disciplinario Único consagró como causal gravísima el abandono injustificado del cargo o del servicio, en el numeral 8 del artículo 25, la cual debe ser sancionada con el retiro del servicio por destitución a términos del artículo 32 ídem.. 4.

Por consiguiente, desde la vigencia de la citada ley 200 es evidente para la Sala que la causal de retiro del servicio por abandono del cargo, establecida en el artículo 25 del decreto 2400 de 1968, modificado como ya se dijo, junto con su reglamentación contenida en los artículos 126 a 128 del decreto 1950 de 1973, fueron derogados por aquella ley, para ser gobernado el abandono injustificado del cargo o del servicio por el régimen disciplinario allí establecido, en los términos que se dejaron reseñados.

5. La tesis del Tribunal sería atinada si existiera un elemento diferenciador entre el abandono que da lugar a la vacancia del cargo y el que genera la causal disciplinaria, pero a juicio de la Sala tal no existe y por ello, forzoso resulta concluir que tanto la ley anterior como sus normas reglamentarias fueron derogadas por la nueva.

6. Lo anterior determina que la entidad demandada en lugar de emitir el día 22 de enero de 1996 el acto acusado, que retiró del servicio al actor por declaración de vacancia del cargo por

abandono, debió proseguir el proceso disciplinario que intentó tramitar el día siguiente, cuando lo oyó en versión libre y espontánea, y que la Sala deba revocar la sentencia apelada, para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

F A L L A : REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 26 de agosto de 1999 y, en su lugar, se dispone:

1° DECLARASE que es nula la resolución 17 del 22 de enero de 1996, del...

2° A título de restablecimiento del derecho...reintegrará al demandante... al mismo cargo de docente de tiempo completo que venía desempeñando el 22 de enero de 1996.

3° Al mismo título, la parte demandada le pagará al actor todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el retiro del servicio hasta el reintegro, con actualización de su valor a la ejecutoria de esta providencia.

4° Para todos los efectos legales se declara que no hubo solución de continuidad en los servicios del actor desde la desvinculación hasta el reintegro.

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó. B.LL.C.

Rad- 19569

2009EE25059-90-04-09

Bogotá, D. C.

Señor

LUIS ALBERTO PARRA

Barrancabermeja - Santander

Asunto: Pérdida prima vacaciones por licencia no remunerada

OBJETO DE LA SOLICITUD

“(…) solicitamos informarnos... si el docente en propiedad antes del 2002... perteneciente al régimen de ley 91 y 2277, cuando soliciten licencias no remuneradas inferior a 30 días, pierden el derecho a pago de prima de vacaciones.”

NORMAS y CONCEPTO

De conformidad con lo dispuesto en las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle:

El Decreto 1381 de 1997 por medio del cual se establece la prima de vacaciones para los docentes de los Servicios Educativos Estatales, dispone que esta prestación se hará efectiva para los docentes que hayan laborado durante los diez (10) meses del año escolar y que los aspectos generales referidos a esta prestación, no contemplados en este Decreto y que no sean contrarios, se regirán por lo establecido en el Decreto Ley 1045 de 1978 y por las normas que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan.

Por lo anterior, le manifiesto que los docentes vinculados en propiedad, provisionalidad y en periodo de prueba, posesionados en cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado (*así se les aplique o no las normas del Decreto 2277 de 1979 y la Ley 91 de 1989*) tienen derecho al disfrute de vacaciones y a la prima de vacaciones establecidas en el Decreto 1381 de 1997; para que estos docentes puedan disfrutar de la prima de vacaciones, es requisito indispensable haber servido el cargo durante todo el año escolar, es decir, los diez (10) meses del periodo lectivo; meses que pueden haber sido laborados en uno o más establecimientos educativos Estatales.

En conclusión, a los docentes que se retiran del servicio activo o que se separan transitoriamente del ejercicio del cargo por licencia ordinaria antes de finalizar el periodo lectivo (10 meses), de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1381 de 1997, no se les hace efectiva esta prestación.

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica
Proyectó. B.LL.C. Rad- 26315

2009EE35297-23-04-09

Bogotá, D. C.

Doctor
JOSÉ VICENTE PRIETO BURBANO
Mocoa - Putumayo

Asunto: Procedimiento abandono de cargo de docentes

OBJETO DE LA CONSULTA

“(…) docente vinculado con el decreto 2277 de 1979 que abandona el cargo sin justa causa y de forma indefinida, puede ser retirado del servicio por la administración conforme el literal i) del artículo 41 de la ley 909 y la sentencia 1189 de 2005 de la Corte Constitucional, o por el contrario, la administración debe esperar que la oficina de control interno adelante el proceso disciplinario para retirarlo del servicio...”

NORMAS y CONCEPTO

De conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle que el artículo 47 del Decreto 2277 de 1979 –Estatuto Docente- dispone que el abandono del cargo se produce cuando el docente sin justa causa no reanuda sus funciones dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento de una licencia, una comisión o de las vacaciones reglamentarias; cuando deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos; cuando en caso de renuncia, hace dejación del cargo antes de que se le autorice para separarse del mismo o antes de transcurridos quince (15) días después de presentada y cuando no asume el cargo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se le comunique un traslado.

De otra parte, la Ley 200 de 1995 fue la primera norma en adoptar el Código Disciplinario Único, que se debía aplicar a todos los servidores públicos "sin excepción alguna" y derogó las disposiciones generales "o especiales" que regulen materias disciplinarias a nivel Nacional, Departamental, Distrital o Municipal, o que le sean contrarias, salvo los regímenes especiales de la fuerza pública, de acuerdo con lo establecido en su artículo 175, y fue derogada por la Ley 734 de 2002 por la cual se expide el Código Disciplinario Único, que en su Artículo 223 dispone que sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

Por lo anterior, con relación a su inquietud sobre el retiro del servicio por parte de la administración del docente que presuntamente ha abandonado el cargo, conforme a lo establecido en el literal i) del artículo 41 de la ley 909 y la sentencia 1189 de 2005 de la Corte Constitucional, o por el contrario, la administración debe esperar que la

oficina de control interno adelante el proceso disciplinario para retirarlo del servicio, le manifiesto que dicho literal, dispone el retiro del servicio por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; literal declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia antes

mencionada, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.

De otra parte, de conformidad con los artículos 2, 69, 70, 76 de la Ley 734 de 2002, el funcionario competente de la oficina de control interno disciplinario para conocer los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias (*entre otros los docentes*) una vez tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria, debe iniciar inmediatamente la acción disciplinaria; durante la investigación o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas (*El abandono injustificado del cargo, función o servicio, es una de las faltas gravísimas establecidas en el numeral 55 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002*) o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.

En conclusión, en atención a su solicitud le manifiesto que el funcionario competente de la oficina de control interno disciplinario que esté adelantando la investigación contra el docente que presuntamente abandonó el cargo sin justa causa y de forma indefinida, debe ordenar la suspensión del servicio de este, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere término de la suspensión provisional que será de tres meses, (*presunto abandono del cargo - No hay que esperar que se falle el proceso disciplinario*) prorrogable hasta en otro tanto, y podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo de primera o única instancia, como lo establece el artículo 157 de la Ley 734 de 2002.

Por ultimo, para su conocimiento y demás fines, se transcriben apartes de la sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, del veintiuno (21) de junio de dos mil uno (2001), radicación número: 05001-23-31-000-1996-0885-01(533-00), relacionada con declaratoria de la vacancia del cargo por abandono de este, así: *“Para resolver se considera: 1. Según el artículo 25 del decreto ley 2400 de 1968, modificado por el 1º del decreto 3074 ídem, el abandono del cargo era una causal autónoma de retiro del servicio, independiente de proceso disciplinario, ya que este podría conducir a otra, o sea la destitución.*

2. De ahí que la jurisprudencia laboral del Consejo de Estado siempre sostuvo que para los efectos de declarar la vacancia del cargo por abandono no se requería de adelantar un proceso disciplinario, conforme lo transcribió el Tribunal de primera instancia.

3. Pero, la situación cambió sustancialmente a partir de la vigencia de la ley 200 de 1995, porque este Código Disciplinario Único consagró como causal gravísima el abandono injustificado del cargo o del servicio, en el numeral 8 del artículo 25, la cual debe ser sancionada con el retiro del servicio por destitución a términos del artículo 32 ibídem.. 4. Por consiguiente, desde la vigencia de la citada ley 200 es evidente para la Sala que la causal de retiro del servicio por abandono del cargo, establecida en el artículo 25 del decreto 2400 de 1968, modificado como ya se dijo, junto con su reglamentación contenida en los artículos 126 a 128 del decreto 1950 de 1973, fueron derogados por aquella ley, para ser gobernado el abandono injustificado del cargo o del servicio por el régimen disciplinario allí establecido, en los términos que se dejaron reseñados.

5. La tesis del Tribunal sería atinada si existiera un elemento diferenciador entre el abandono que da lugar a la vacancia del cargo y el que genera la causal disciplinaria, pero a juicio de la Sala tal no existe y por ello, forzoso resulta concluir que tanto la ley anterior como sus normas reglamentarias fueron derogadas por la nueva.

6. Lo anterior determina que la entidad demandada en lugar de emitir el día 22 de enero de 1996 el acto acusado, que retiró del servicio al actor por declaración de vacancia del cargo por abandono, debió proseguir el proceso disciplinario que intentó tramitar el día siguiente, cuando lo oyó en versión libre y espontánea, y que la Sala deba revocar la sentencia apelada, para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

F A L L A : REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 26 de agosto de 1999 y, en su lugar, se dispone: 1° DECLARASE que es nula la resolución 17 del 22 de enero de 1996, del...

2° A título de restablecimiento del derecho...reintegrará al demandante... al mismo cargo de docente de tiempo completo que venía desempeñando el 22 de enero de 1996.

3° Al mismo título, la parte demandada le pagará al actor todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el retiro del servicio hasta el reintegro, con actualización de su valor a la ejecutoria de esta providencia.

4° Para todos los efectos legales se declara que no hubo solución de continuidad en los servicios del actor desde la desvinculación hasta el reintegro.

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó. B.L.L.C.

Rad- 30042

2009EE32468-01-06-09

Bogotá, D. C.

Doctor

MARIO HERNAN COLORADO FERNANDEZ

Cali – Valle del Cauca

Asunto: Docente amenazado fuera del país solicita reintegro

OBJETO DE LA CONSULTA

“(…) concepto relacionado con la solicitud de reintegro y apoyo con medios económicos... en virtud de las amenazas la Secretaria de Educación Departamental decidió trasladarlo... en el municipio de Cali... el señor... se traslada a Canadá a inicios del año 2003... el municipio lo incorpora... a la planta de cargos... no se posesionó...”

NORMAS y CONCEPTO

De conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle que ante diferentes consultas relacionadas con el mismo tema, esta Oficina se ha pronunciado así:

“2008EE49696-17-09-08. Ante la supresión de las Oficinas Seccionales de Escalafón por la Ley 715 de 2001, el Comité Especial creado mediante Decreto 1645 de 1992 para estudiar, evaluar y resolver los casos que sobre amenazas a la vida e integridad personal se presenten contra el personal docente de los establecimientos educativos estatales, ha dejado de ser operante.

Por lo anterior, el Ministro de Educación Nacional expidió la Directiva Ministerial N° 14 de 2002, dirigida a los Gobernadores, Alcaldes Distritales y Municipales y Secretarios de Educación, mediante la cual impartió orientaciones, con el fin de que el Estado pueda cumplir sus obligaciones constitucionales de proteger la vida de sus habitantes y garantizar el servicio educativo; entre otras la de que las autoridades que tienen la competencia legal para realizar traslados, de conformidad con la ley 715 de 2001, deberán estudiar, evaluar y resolver los casos que sobre amenazas a la vida e integridad personal que afecten a los docentes de su entidad territorial y definir, de ser necesario su reubicación.

Con base en lo dispuesto en la Ley 715 de 2002 sobre traslado de docentes y directivos docentes de los establecimientos educativos estatales, mediante Decreto 3222 de 2003 fue reglamentado el tema, el cual dispone que ante las situaciones de amenazas de los docentes o directivos docentes, la autoridad nominadora como primer recurso, evaluará la posibilidad de trasladar al docente o directivo docente amenazado o desplazado, dentro de su jurisdicción y si por razones de seguridad, considera necesario el traslado a otra entidad territorial, lo gestionará previo convenio interadministrativo y preferiblemente a una entidad territorial de tipología similar, en la cual será incorporado a la planta de la respectiva entidad territorial.

Por lo anterior se considera que los docentes objeto de su consulta, que se encuentran en el exterior deben ser requeridos con el fin de solucionar su situación laboral, habida cuenta de que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1844 de 2007, la no prestación oportuna del servicio por parte de los servidores públicos y para el cual están vinculados con el Estado, generarán la no

causación de la remuneración correspondiente en los términos previstos en el Decreto 1647 de 1967 y que las entidades territoriales certificadas dispondrán de plano entre otras acciones el no pago de aquellos servicios efectivamente no prestados por estos.”

No obstante, con relación a la solicitud de reintegro y apoyo con medios económicos solicitados por el docente motivo de la consulta, esta Oficina considera que es importante que la Secretaría de Educación oficialmente tenga contacto con el Gobierno Canadiense para que este informe entre otros, la situación de este docente, la ayuda que recibe, el estado de salud.

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica
Proyectó. B.LL.C.
Rad- 31170

2009EE33074-11-06-09

Bogotá, D. C.

Doctora

BETTY AMANCY CORDOBA MOSQUERA

Quibdó - Chocó

Asunto: Comisión Sindical docente

OBJETO DE LA CONSULTA

“(…) informa que los Miembros de la Junta Directiva de Sindicato Unión de Maestros, obtuvieron un permiso sindical remunerado para que se dedicaran de tiempo completo al cumplimiento de las funciones contenidas en el Estatuto del Sindicato...quedaron incluidos en la planta de personal docente de Quibdó, y se les paga mensualmente su salario... a pesar de no trabajar en este municipio...resulta conveniente por la naturaleza del asunto, remitir esta solicitud a su despacho, para que sea éste quien conceptúe al respecto...”

NORMAS y CONCEPTO

En atención a su solicitud relacionada con permiso sindical de carácter permanente y remunerado a un docente, trasladada a esta Entidad por competencia, me permito informarle que esta Oficina se ha pronunciado con relación al mismo tema objeto de consulta, así:

“2006EE37069-19-09-06, 2007EE17809-20-04-07, 2008EE50952-30-09-09. El artículo 66 del Decreto 2277 de 1979, estableció la figura de la "comisión" como

una de las situaciones administrativas en la que puede encontrarse un docente. Dispuso la anterior norma que el educador escalafonado en servicio activo, puede ser comisionado en forma temporal para desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical."

La Ley 584 de 2000 en su artículo 13 establece: "Créese un artículo nuevo en el Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así: Artículo 416A. Las organizaciones sindicales de los servidores públicos tienen derecho a que las entidades públicas les concedan permisos sindicales para que, quienes sean designados por ellas, puedan atender las responsabilidades que se desprenden del derecho fundamental de asociación y libertad sindical. El Gobierno Nacional reglamentará la materia, en concertación con los representantes de las centrales sindicales".

El Decreto 2813 de 2000 en sus artículos 1° y 3° prescribe:

"Artículo 1°. Los representantes sindicales de los servidores públicos tienen derecho a que las entidades públicas de todas las Ramas del Estado..., les concedan los permisos sindicales remunerados necesarios para el cumplimiento de su gestión"

"Artículo 3°. Corresponde al nominador o al funcionario que este delegue para tal efecto, reconocer mediante acto administrativo los permisos sindicales a que se refiere el presente decreto, previa solicitud de las organizaciones sindicales de primero, segundo o tercer grado, en la que se precisen, entre otros, los permisos necesarios para el cumplimiento de su gestión, el nombre de los representantes, su finalidad, duración periódica y su distribución..."

Por lo anterior, le manifiesto que el Decreto 2277 de 1979 -Estatuto Docente- norma que se sigue aplicando a los docentes escalafonados, vinculados en propiedad al Estado y posesionados antes de la expedición de la Ley 715 de 2001, dispone que la comisión puede ser: Para desempeñar por encargo otro empleo docente, Para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, Para adelantar estudios, - Para participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical. (Artículo 66)

El artículo 66 antes mencionado, establece el derecho a que para el ejercicio de las actividades sindicales, el docente pueda ser comisionado por el nominador, pero es sólo para el ejercicio de la actividad concreta que vaya a realizar, no para ausentarse de su cargo y ejercer un empleo privado dentro de su organización, por que eso no lo dispone la norma en su texto.

Así las cosas, la figura de la comisión se da, en principio, para ejercer otros cargos dentro del servicio público, bien sea otro empleo docente o un cargo de libre nombramiento y remoción.

En tales situaciones el educador no pierde su clasificación en el escalafón y tiene derecho a regresar al cargo docente, tan pronto renuncie o sea separado del desempeño de dichas funciones. Así mismo, el salario y prestaciones sociales del docente comisionado serán los asignados al respectivo cargo, reza la norma en comento.

Ahora bien, dicha comisión no sólo se aplica para el ejercicio de otros cargos dentro del servicio público, sino que también esta dispuesta para la participación en actividades de carácter profesional o sindical; nótese que la norma expresa, participar en actividades de naturaleza sindical, como congresos, asambleas, reuniones de Junta Directiva.

De otra parte, el derecho de asociación está calificado por nuestra Constitución Política como un derecho fundamental de la persona, para lo cual su artículo 39 ordena el reconocimiento de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

Los docentes, como todos los servidores públicos, tienen el derecho a asociarse sindicalmente de conformidad con las leyes que regulan este tipo de asociaciones, a pertenecer a sus juntas directivas, a asistir a las asambleas y, en fin, a realizar las demás actividades propias del ejercicio de su derecho de asociación.

Ante algunas interpretaciones distanciadas del tenor literal de la ley y de su espíritu, el Ministerio del Interior consultó este asunto a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Rad. 780-05-02-96, la cual respondió en los siguientes términos:"1. (...) "2. (...)

"3. Las implicaciones jurídicas que tiene el artículo 66 del Decreto 2277 de 1979 que define las situaciones en las que el educador escalafonado en servicio activo puede ser comisionado, se refiere a que bajo esta figura pueda realizar temporalmente las actividades que la norma señal, entre otras, las de carácter sindical.

"4. La expresión "puede ser comisionado en forma temporal" indica que la comisión no puede tener un carácter permanente, como sería si se otorgara para cumplir funciones sindicales por el período de vigencia de la Junta directiva de la organización sindical.

"5. La situación administrativa de la Comisión no se define por la fecha de iniciación y terminación."... "La Temporalidad debe entenderse como el tiempo estrictamente necesario, según las circunstancias, para cumplir la labor encomendada." (Consejo de Estado, S de C y SC, Rdo. 780, 5 de febrero de 1996, C.P. Dr. Roberto Suárez Franco)

De modo que, el Consejo de Estado precisó la naturaleza y el carácter de la comisión sindical según el Estatuto Docente de 1979, haciendo la connotación clara de que se trata de una figura eminentemente temporal y nunca permanente.

De otra parte, el Decreto 2813 de 2000 legislación vigente para la materia en consulta, de igual manera señala que se deben otorgar mediante acto administrativo, oportunamente los permisos sindicales necesarios para el cumplimiento de la gestión sindical (trátese de servidor público de carácter docente o administrativo) de acuerdo con la solicitud en la que se estipule la finalidad, periodicidad y distribución de estos.

Es decir, ambas legislaciones son coherentes y armónicas en el sentido de que garantizan el derecho fundamental de asociación sindical, pero sin que este derecho desborde sus límites naturales, circunscritos en el tiempo al ejercicio de las actividades sindicales derivadas de este y por supuesto a la no afectación del servicio, razón de ser de la vinculación laboral.

Los mecanismos que en relación con las actividades sindicales deben utilizar todas las entidades públicas de las Ramas del Estado, sus Órganos Autónomos y sus Organismos de Control, la Organización Electoral, las Universidades Públicas, las entidades descentralizadas y demás entidades y dependencias públicas del orden

Nacional, departamental, Distrital y Municipal; son los establecidos en el Decreto 2813 de 2000, reglamentario del artículo 13 de la Ley 584 de 2000.”

Por todo lo anterior y en atención a la consulta de si es legal que los miembros de la Junta Directiva de la Unión de Maestros del Chocó no presten sus servicios como docentes en las instituciones educativas en las que se encuentran vinculados laboralmente, por haber obtenido permiso sindical remunerado para dedicarse de tiempo completo al cumplimiento de actividades sindicales, se concluye que de conformidad con lo dispuesto en las normas legales mencionadas, a los servidores públicos docentes así como a los administrativos, se les da la oportunidad para participar en actividades de naturaleza sindical, como congresos, asambleas, reuniones de Junta Directiva, solo en los términos y con las restricciones antes señaladas.

Por ultimo le manifiesto, quien otorga las comisiones y permisos sindicales de que tratan el artículo 66 del Decreto 2277 de 1979 y 2813 de 2000 es el nominador de la entidad territorial a la que se encuentra vinculado el docente o el funcionario que este delegue para tal fin, y no la organización sindical a la que este se encuentra afiliado.

Concepto emitido de conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25, inciso 3° del Código Contencioso Administrativo.

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó. B.L.L.C.

Rad- 38229

2009EE33081-03-06-09

Bogotá, D. C.

Señora

ESPERANZA OSORIO OSORIO

Bogotá, D. C.

Asunto: Comisión de estudios remunerada

Conforme a lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales, corresponde a los gobernadores y alcaldes de los departamentos, distritos y municipios certificados; no obstante daremos trámite a su solicitud.

OBJETO DE LA PETICIÓN

(...) laboro en la Escuela Normal Superior de Villavicencio... he viajado... España a representar a mi país Colombia en el Congreso de Educación Matemática...me conceden una comisión de estudio remunerada para dicho viaje... decidí presentar documentos... para acceder a estudios de doctorado en la Universidad de Granada, España... fui aceptada... solicite a la Secretaria de Educación de Villavicencio me concedieron licencia remunerada... me la concedió no remunerada año 2007 – 2008... nuevamente solicité otra remunerada... año 2008 – 2009 me la concedió no remunerada... en este mes de abril... solicito tres meses más... 1. ¿Tengo derecho a una comisión de estudios remunerada por los tres meses...? 2. ¿Tengo derecho a mi pasaje de vuelta a Colombia...? 3. ¿Tenía derecho a Comisión de estudio remuneradas y pasaje de ida y vuelta desde que inicié mis estudios en España?...”

NORMAS y CONCEPTO

De conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle:

El Capítulo VII del Decreto 2277 de 1979 establece las situaciones administrativas en que pueden encontrarse los docentes al servicio oficial; entre otras, en el artículo 66 consagra las Comisiones y dispone que el educador escalafonado en servicio activo, puede ser comisionado en forma temporal para desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical.

Por lo anterior, le manifiesto que a los docentes en servicio activo escalafonados con las normas del Decreto 2277 de 1979 –Estatuto Docente- para el otorgamiento de comisión de estudio objeto de su consulta (*uno, dos años, tres meses*) el nominador si a bien lo tiene, podrá conceder o no la comisión solicitada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de este estatuto. (*Norma que se*

sigue aplicando a los docentes escalafonados, vinculados en propiedad y posesionados antes de la expedición de la Ley 715 de 2001)

De otra parte, le informo que la comisión no remunerada para realizar estudios, no se encuentra dispuesta en el Decreto 2277 de 1979 ni en el Decreto 1950 de 1973 (*Norma de carácter general que regula la administración del personal*), así como tampoco el valor para transporte; la comisión de estudio no remunerada se encuentra dispuesta en el Decreto 1278 de 2002 artículo 55 en donde se establece que las entidades territoriales podrán regularla para los docentes y directivos docentes estatales, como un estímulo o incentivo, hasta por un término máximo de dos (2) años. (*Decreto que se aplica a los docentes vinculados al servicio del Estado después de expedida la Ley 715 de 2001*)

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica
Proyectó. B.L.L.C
Rad 38437

2009EE43122-15-07-09

Bogotá, D. C.

Doctora

LUZ ELVIRA OLIVARES RIVERA

Cúcuta - Norte de Santander

Asunto: Comisión docente para desempeñar cargo libre nombramiento

OBJETO DE LA CONSULTA

“(...) se comisiona a la docente... docente de la institución..., para que preste sus servicios en el equipo Técnico de Reorganización Escolar de la Secretaría de Educación Municipal, Aun estando comisionada en ese cargo, se le sigue cancelando por Ley 715 como docente... me permito solicitar que se nos ilustre si de acuerdo a la ley, estando en esta comisión, se pueden realizar pagos salariales por ley 715 o Sistema General de Participaciones...”

NORMAS y CONCEPTO

En atención a su solicitud enviada a la Contraloría General de la República y trasladada por competencia a esta entidad, de conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle:

El Capítulo VII del Decreto 2277 de 1979 establece las situaciones administrativas en que pueden encontrarse los docentes al servicio oficial, entre otras en el artículo 66 consagra las Comisiones, y dispone que el educador escalafonado en servicio activo, puede ser comisionado en forma temporal para desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical; en todo caso, el educador comisionado en la forma establecida en la norma legal, no pierde su clasificación en el escalafón y tiene derecho a regresar al cargo docente, tan pronto renuncie o sea separado del desempeño de dichas funciones; el salario y las prestaciones sociales serán los asignados al respectivo cargo, y el tiempo que dure la comisión será tomado en cuenta para efectos de ascenso en el escalafón.

Por lo anterior, el educador que goza de los derechos y garantías de la carrera docente y se encuentra en servicio activo, puede ser comisionado en forma temporal por su respectivo nominador, entre otros, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción; razón por la cual, los docentes a que usted hace alusión en su consulta, si fueron comisionados por el respectivo nominador de la entidad territorial certificada para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción, el salario y las prestaciones sociales a que tienen derechos, serán los asignados al respectivo cargo al que fueron comisionados. *(Cargo que debe ser de carácter administrativo y de la planta de personal de la entidad territorial)*

De otra parte, en atención a la organización de las plantas de cargos de las instituciones educativas ordenada por la Ley 715 de 2001 en el Capítulo VI – Disposiciones Transitorias en Educación – Artículos 35 a 41 *(período de transición hasta de dos (2) años contados a partir de la vigencia de la Ley)* mediante Directiva N° 15 del 23 de abril de 2002, la Ministra de Educación Nacional dio orientaciones a los Gobernadores, Alcaldes Distritales y Municipales y Secretarios de Educación para la organización de estas, y en el numeral 4.6. inciso 2° dispuso que en las Secretarías de Educación de las entidades territoriales no podía *(a partir del 30 de mayo de 2002)* haber docentes o directivos docentes en comisión de servicios para cumplir funciones de sus divisiones o unidades administrativas o para coordinar la ejecución de planes, programas o proyectos educativos de la respectiva entidad territorial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 715 de 2001 en relación con los supervisores de educación y directores de núcleo educativo. No obstante, los docentes o directivos docentes que a la fecha de la expedición de la Directiva venían apoyando a las secretarías de educación de departamentos, distritos o municipios certificados en el proceso de organización de las plantas, acordado en los Convenios de Desempeño, podían seguir colaborando en dicha tarea, hasta cuando la Nación fijara las plantas de personal.

En conclusión, la Directiva Ministerial N° 15 del 23 de abril de 2002, dispuso que solo los docentes o directivos docentes que a la fecha de su expedición venían apoyando a las secretarías de educación de departamentos, distritos o municipios certificados en el proceso de organización de las plantas, acordado en los Convenios de Desempeño, podían seguir colaborando en dicha tarea, pero solo hasta cuando la Nación fijara las plantas de personal *(proceso que culminó dos (2) años después de entrar en vigencia la Ley 715 de 2001)*; razón por la cual, actualmente no debe haber docentes ni directivos docentes pagos con recursos del Sistema

General de Participaciones, desempeñando funciones en comisión, en los cargos de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales..

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó. B.L.C

Rad. 45113

2009EE42401-21-07-09

Bogotá D. C.

Señora

FANNY GONZÁLEZ C

Barranquilla - Atlántico

Asunto: Régimen disciplinario aplicable a los docentes

OBJETO DE LA CONSULTA

“(..) 1.Pueden los Secretarios de Educación... tomar medidas disciplinarias en contra de los docentes...2.De no ser del ámbito de su competencia... incurrirán en extralimitación de funciones... 3.Ante que organismo competente se entablará la queja... 4.Cual es el órgano encargado de tomar medidas disciplinarias...”

NORMAS y CONCEPTO

De conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle:

La Ley 115 de 1994 en el parágrafo segundo del artículo 105 establece que los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial.

La Ley 734 de 2002 por la cual se expide el Código Disciplinario Único, en los artículos 2° y 76 dispone que la sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los

funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencia; que toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias. En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.

Por lo anterior, en atención a su consulta le manifiesto que el Congreso de la República expidió la Ley 734 de 2002 por la cual se establece el Código Disciplinario Único, que se aplicará a los servidores públicos de las ramas, órganos y entidades del Estado; los docentes de los servicios educativos estatales de conformidad con lo dispuesto en la Ley 115 de 1994, tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial, razón por la cual, para efecto de investigaciones disciplinarias, la unidad u oficina de control disciplinario interno de la respectiva entidad territorial o el funcionario que señale el jefe de la entidad o de la dependencia regional o seccional (*funcionario que puede ser el Secretario de Educación respectivo*) son los que aplicarán las normas dispuestas en esta ley.

De otra parte, en la entidad u organismo del Estado donde no se hayan implementado las oficinas de control interno disciplinario, el competente para iniciar las investigaciones disciplinarias, será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquel.

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó. B.LL.C.

Rad- 46548

2009EE50828-29-07-09

Bogotá, D. C.

Señor

JOSE ISRAEL DIAZ CASTRO

Ibagué - Tolima

Asunto: Trámite traslado docente otra entidad territorial por concurso

OBJETO DE LA CONSULTA

“(…) Me vinculé de planta... desde el año 1997 en el Departamento del Tolima... en el 2006 participe en el concurso directivos docentes Coordinador para el municipio de Ibagué... superé el período de prueba...en la Secretaría de Educación del Municipio de Ibagué me están exigiendo la renuncia como docente al Departamento del Tolima para poderme hacer el decreto de nombramiento... ¿Este es el procedimiento para el caso? ¿Por qué tengo que renunciar?...”

NORMAS y CONCEPTO

De conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle:

La Constitución Política de Colombia establece que 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.

El Decreto 3982 de 2006 dispone que los directivos docentes que superen el período de prueba, serán inscritos en el nuevo Escalafón de acuerdo con el título que acrediten, salvo los servidores estatales nombrados en propiedad en un cargo público docente antes de la vigencia del Decreto 1278 de 2002, quienes sin solución de continuidad, conservarán las condiciones establecidas en el Decreto 2277 de 1979.

Por lo anterior, en atención a su solicitud relacionada con la renuncia del cargo docente para poder ser nombrado en propiedad en el cargo directivo docente de la entidad territorial en la que concursó y superó el período de prueba, se concluye:

- Si un docente que estaba vinculado antes de la expedición de las Leyes 115 de 1994 y 715 de 2001 por excepción fue incorporado en propiedad (*sin el lleno de los requisitos dispuestos en el Decreto 2277 de 1979, la Constitución Política de 1991 y la Ley 715 de 1994*) o con nombramiento provisional a la planta de personal de la entidad territorial certificada, hasta tanto se provean por concurso de méritos los cargos de carrera, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 715 de 2001 y las orientaciones impartidas en la Directiva Ministerial 20 de 2003, y concursan para cargo directivo docente, superada la evaluación del período de prueba, debe ser nombrado en propiedad previa terminación de la vinculación como docente provisional.

- Si un docente que estaba vinculado antes de la expedición de las Leyes 115 de 1994 y 715 de 2001 con *el lleno de los requisitos dispuestos en el Decreto 2277 de 1979, la Constitución Política de 1991 y la Ley 715 de 1994*, fue incorporado en propiedad a la planta de personal de la entidad territorial certificada y concursó para cargo directivo docente, sea para la entidad territorial en la que se encuentran vinculado o en otra diferente, superada la evaluación del período de prueba, la

respectiva entidad territorial debe realizar el nombramiento en propiedad sin solución de continuidad, el docente conservará las condiciones establecidas en el Decreto 2277 de 1979, y antes de posesionarse debe renunciar del cargo al que se encuentra anteriormente vinculado, con el fin de no incurrir en la doble vinculación prohibida por la Constitución Política.

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó. B.LL.C.

Rad- 50592

2009EE54352-03-09-09

Bogotá D. C.

Doctor

ENRIQUE VARGAS LEYVA

Neiva - Huila

Asunto: Docente condenado por delito

OBJETO DE LA CONSULTA

“(...) 1... maestro... nombrado en propiedad es condenado por un Juzgado Penal del Circuito por delito de acceso carnal con incapaz... pena principal de 54 meses de prisión y pena accesoria de inhabilitación... El Municipio de Neiva debe dar cumplimiento a la pena accesoria... inhabilitación..., retirarlo definitivamente del servicio o debe suspenderlo por los 54 meses?... 2. Un maestro de planta... nombrado en propiedad, es retenido por el C.T.I. y conducido a la cárcel..., en donde actualmente se encuentra... a la fecha solamente existe medida de aseguramiento pero no hay fallo condenatorio; Debe el Municipio de Neiva, suspender al maestro, mientras se resuelve su situación legal, o cual es el mecanismo adecuado o legal para legalizar su situación administrativa... este despacho ordenó el no pago de salarios por la no prestación del servicio...”

NORMAS y CONCEPTO

En atención a su solicitud enviada al Departamento Administrativo de la Función Pública, trasladada por competencia a esta entidad, de conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle:

1. Con relación a la suspensión por 54 meses a que ha sido condenado un docente vinculado en propiedad, le manifiesto que el Municipio de Neiva debe cumplir con lo que ordena la providencia expedida por el Juzgado Penal del Circuito, aplicando la suspensión en el ejercicio del cargo de manera inmediata a partir del momento que tuvo conocimiento de la misma; dicha providencia debe estar ejecutoriada, es decir en firme, que contra ella no proceda recurso alguno.

No sobra mencionar que la suspensión en el cargo debe darse por los 54 meses que ordenó el juzgado de conocimiento, independientemente de que el sancionado o condenado más adelante sea beneficiario de un subrogado penal, entre otros como libertad provisional, o por pago de las dos terceras partes de la condena, o disminución de la misma intramuros por trabajo.

2. En lo que se refiere a la suspensión del maestro retenido y privado de la libertad por el Cuerpo Técnico de Investigación, C.T.I., mientras se resuelve su situación legal, esta Oficina considera que la administración debe oficiar de inmediato al juez de conocimiento informando al mismo que la persona está vinculada laboralmente como docente y que al parecer se encuentra vinculado y con medida de aseguramiento por dicho despacho; razón por la cual se requiere la solicitud de suspensión en el cargo, mientras se decide la situación de fondo.

Lo anterior, considerando que la educación es un servicio público y un derecho fundamental. Así mismo esta solicitud se requiere, por que en el caso de no existir sobre el docente medida de aseguramiento, estaría incurso en un presunto abandono del cargo.

De otra parte, con relación a la remuneración, esta es la consecuencia de la prestación de un servicio, de manera tal que si este no se ha dado y no existe justificación legal, no puede haber remuneración; el Decreto 1838 de mayo 25 de 2007, Por el cual se ordena el no pago de días no laborados por los Servidores Públicos del Sector Educativo, dispone:

“La no prestación oportuna del servicio para el cual están vinculados por el Estado, o el cese de actividades laborales, realizado por servidores públicos, no amparados en justa causa previamente definida en la ley, se entiende ilegal y generará para quienes participen en él, la no causación de la remuneración correspondiente en los términos previstos en el decreto 1647 de 1967; la remuneración no causada deberá ser deducida en la siguiente nómina, en el evento de que por efecto de la liquidación de la misma se haya producido el pago.

Las entidades territoriales certificadas en educación dispondrán, de plano, el no pago de aquellos servicios efectivamente no prestados por los servidores y efectuarán el reporte correspondiente a los organismos de control, para que dentro del ámbito de su competencia adelanten las acciones administrativas, fiscales y disciplinarias a las que hay lugar”

Una vez se resuelva la situación jurídica del servidor sujeto de la medida cautelar de detención habrá lugar a la revisión de las decisiones adoptadas según corresponda.

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

2009EE58245-29-09-09

Bogotá, D. C.

Doctora

DALILA VANESSA BENAVIDES ERAZO

San Miguel de Agreda de Mocoa - Putumayo

Asunto: Edad retiro forzoso rectora institución educativa

OBJETO DE LA CONSULTA

“(...) la hermana... acaba de cumplir sesenta y cinco (65) años de edad... ha llegado ala edad de retiro forzoso...sin embargo... aun no tiene cotizado el tiempo necesario para optar por la pensión... el equipo de trabajo de la SED está estudiando las posibilidades para lograr una solución socio – jurídica... recurrimos... que nos oriente si jurídicamente es válido que se retire a la hermana... cuando cumpla el tiempo que le hace falta... o al menos que posibilidades existen para tenerla vinculada en el servicio educativo...”

NORMAS y CONCEPTO

Atendiendo su solicitud, de conformidad con lo dispuesto en las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle que esta Oficina ante diferentes consultas relacionadas con el mismo tema, se ha pronunciado así:

“EE48310-02-09-09. La Constitución consagra en el artículo 125 inciso 4 que el retiro del servicio de los funcionarios públicos se hará por las causales previstas en la constitución o la ley.

La ley 909 de 2004 dispone que las disposiciones contenidas en esta ley, se aplicaran con carácter supletorio a los servidores públicos de las carreras especiales tales como el que regula el personal docente; establece que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de carrera se produce por edad de retiro forzoso y que las normas de administración de personal contempladas en esta ley y en los decretos 2400 de 1968 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3 de esta ley. (Ley 909 de 2004 artículos 3, 41 literal g, 55)

El decreto 2277 de 1979 establece que el educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso; ordena que el retiro del servicio de los docentes del

servicio oficial implica la cesación en el ejercicio de las funciones y se produce entre otras causas por edad. (Artículos 31, 68)

El Decreto 1950 de 1973 reglamenta los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, determina que para ejercer un empleo de la rama ejecutiva del poder publico se requiere no ser mayor de 65 años, con excepción de los casos a que se refieren los artículos 121 y 122 de este decreto; establece que el retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de las funciones publicas y se produce por edad; ordena que el empleado que llegue a la edad del retiro esta obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora; establece que el Gobierno por necesidades del servicio puede reintegrar las personas, siempre que no se sobrepase la edad de los sesenta y cinco(65) años y establece como impedimento para desempeñar cargos públicos la edad de sesenta y cinco años, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del articulo 29 del decreto 2400 de 1969 adicionado por el 3074 del mismo año. (Decreto 1950 de 1973 artículos 25 literal c, 105 numeral 5, 120,121 numeral 9, 122)

El decreto 2400 de 1968 establece que la cesación definitiva de funciones de los empleados públicos se produce por edad y que todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado exceptuando de esta disposición los empleos señalados en el inciso 2 del articulo 29 de este decreto como son:” salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo . (Decreto 2400 de 1968 articulo 25 literal f; 31)

La Corte Constitucional mediante sentencia C-351 de 1995, declaró exequible el articulo 31 del decreto 2400 de 1968 y se ha pronunciado sobre la edad de retiro forzoso para los funcionarios públicos: “...Se encuentra vigente el articulo 122 del decreto 1950 de 1973...La edad de 65 años o mas constituye impedimento para desempeñar cargos públicos..” (Corte Constitucional Sentencia C-1488 de 2000 .)

El Consejo de Estado en sentencia 76001- 23 -31000-2005 determinó que: ”No se puede confundir el disfrute de la pensión con el retiro forzoso, pues este último es una causal autónoma que permite al empleador terminar la relación de trabajo y no tiene condición o sometimiento alguno al sistema de seguridad social “.(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta, del 08 de septiembre de 2005 , expediente 76001-23-31000-2005-02526-01-2005-09-08)

Resulta claro y concluyente que alcanzar la edad de retiro forzoso conforme a las normas especiales que señalan como edad máxima e inhabilitante para el desempeño de un cargo público, sesenta y cinco años de edad, impone la desvinculación obligatoria del servicio sin que sea dado a la administración, a su discreción, establecer tiempos adicionales de permanencia bajo ninguna circunstancia, por ello se predica el retiro forzoso del servicio al acceder a la indicada edad de sesenta y cinco (65) años.”

De otra parte, para el caso en consulta relacionado con docente que no cuenta con tiempo de servicio necesario para optar por la pensión, le informo que la Ley

100 de 1993 en el artículo 279 entre otras excepciones en el sistema integral de seguridad

Social contenido en la presente ley, establece que se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración; por tanto se les aplican las disposiciones contenidas en el inciso tercero del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 en materia de pensiones y cesantías: “Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en la Ley”.

En conclusión, de acuerdo con las normas antes mencionadas (*Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, Ley 91 de 1989*) la pensión de vejez la tienen en forma vitalicia los docentes que estando afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, son retirados del servicio por edad de retiro forzoso sesenta y cinco (65) años, sin contar con que el tiempo de servicio necesario para gozar de pensión de jubilación y carecer de medios de subsistencia.

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyecto. B.LL.C.

Rad. 76466

2009EE65419

Bogotá D. C.

Doctora

MARIA VICTORIA GIRALDO LONDOÑO

Armenia - Quindío

Asunto: Docente condenado por delito

OBJETO DE LA CONSULTA

“(…) docente detenido por orden de la Fiscalía... se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario... 1.El Departamento del Quindío, está facultado para ordenar la suspensión en el ejercicio del cargo... a sabiendas que no cuenta con una orden por parte de autoridad judicial? 2.El docente contra el cual se impuso la sanción... tiene derecho al pago de salarios y seguridad social? 3.En el evento en que efectivamente no le asista el derecho a percibir salario, como se le garantiza su seguridad social y cual sería el procedimiento de pago... 4.La administración se encuentra obligada a expedir acto administrativo que regule esta situación?...”

NORMAS y CONCEPTO

En atención a su solicitud, de conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle:

1. Considerando que efectivamente el Código de Procedimiento Penal no regula puntualmente la suspensión del cargo para servidores públicos, como si lo hacía el anterior Código (*Ley 600 de 2000 artículo 359*) la administración está en el deber de llenar este vacío con la expedición de actos administrativos debidamente motivados que no permitan la perturbación en la prestación de un servicio público considerado además como un derecho fundamental de rango constitucional, como es la educación.

En razón a lo anterior se sugiere solicitar al Juzgado competente que certifique en consideración a que el servidor privado de la libertad se encuentra vinculado como docente, si este se encuentra o no cobijado con medida de aseguramiento, así como la comunicación posterior de decisiones de fondo (*absolución o sanción*) para proceder, según corresponda mientras se profiere decisión de fondo y de esta manera no afectar la prestación del mencionado servicio educativo.

2 y 3. Con relación al pago de salarios le manifiesto que esta es la consecuencia de la prestación de un servicio, de manera tal que si este no se ha dado y no existe justificación legal, no puede haber remuneración; el Decreto 1647 de 1967, dispone que “el pago de los sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y los trabajadores oficiales del orden nacional, departamental, distrital, municipal y de las empresas y establecimientos públicos, serán por servicios efectivamente rendidos o prestados, que es obligación de los funcionarios que deban certificar los servicios efectivamente rendidos por los servidores públicos y trabajadores oficiales, ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.”

Así mismo el Decreto 1838 de mayo 25 de 2007, Por el cual se ordena el no pago de días no laborados por los Servidores Públicos del Sector Educativo, dispone:

“La no prestación oportuna del servicio para el cual están vinculados por el Estado, o el cese de actividades laborales, realizado por servidores públicos, no amparados en justa causa previamente definida en la ley, se entiende ilegal y generará para quienes participen en él, la no causación de la remuneración correspondiente en los términos previstos en el decreto 1647 de 1967; la remuneración no causada deberá ser deducida en la siguiente nómina, en el evento de que por efecto de la liquidación de la misma se haya producido el pago.

Las entidades territoriales certificadas en educación dispondrán, de plano, el no pago de aquellos servicios efectivamente no prestados por los servidores y efectuarán el reporte correspondiente a los organismos de control, para que dentro del ámbito de su competencia adelanten las acciones administrativas, fiscales y disciplinarias a las que hay lugar”

4. En lo que tiene que ver con la salud le informo que la Constitución Política dispone que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio; determina que toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad; así mismo la Ley 100 de 1993 crea el Sistema de Seguridad Social Integral, dispone que a partir de su sanción, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud; establece que unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiario y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.(ley 100 de 1993 artículos 157 a 169).

Así las cosas, como al docente objeto de su consulta no se le pueden pagar servicios no prestados por encontrarse detenido por orden de la Fiscalía, como usted lo manifiesta en su solicitud, por la misma razón no se le pueden hacer descuentos para la seguridad social, entre otra los aportes para la salud; por tanto, para efectos de salud y al disponer la Constitución Política que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, al encontrarse detenido y si fuere el caso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 52, 104, 105 y 106 de la ley 65 de 1993 por medio de la cual se expide el código penitenciario y carcelario, se le debe prestar asistencia médica.

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

B.L.L.C.

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó.

Rad.75577

2009EE68447

Bogotá, D. C.

Doctora

JENNY ESNEDA RODRIGUEZ

San Andrés de Tumaco - Nariño

Asunto: Pago salario docentes provisionales amenazados

OBJETO DE LA CONSULTA

“(...) el Comité ha conceptuado sobre la situación de amenaza de varios docentes... vinculados en provisionalidad, concediéndoles status de amenazados... en la mayoría de estos casos, la amenaza o peligro se generó en el casco urbano. De Tumaco,... la generalidad de estos maestros... se encuentran en otras entidades territoriales e insisten que sus condiciones de seguridad no han variado... manifiestan su negativa a volver a esta ciudad... ninguna entidad territorial está interesada en celebrar convenios... con docentes provisionales... solicito su orientación a fin de accionar correctamente frente a estos casos...”

NORMAS y CONCEPTO

De conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle:

El Ministerio de Educación Nacional expidió la Directiva Ministerial N° 14 de 2002, dirigida a los Gobernadores, Alcaldes Distritales y Municipales y Secretarios de Educación, mediante la cual impartió orientaciones con el fin de que el Estado pueda cumplir sus obligaciones constitucionales de proteger la vida de sus habitantes y garantizar el servicio educativo; entre otras que las autoridades que tienen la competencia legal para realizar traslados, de conformidad con la ley 715 de 2001, deberán estudiar, evaluar y resolver los casos que sobre amenazas a la vida e integridad personal que afecten a los docentes de su entidad territorial y definir, de ser necesario su reubicación.

Con base en lo dispuesto en la Ley 715 de 2002 sobre traslado de docentes y directivos docentes de los establecimientos educativos estatales, mediante Decreto 3222 de 2003 fue reglamentado el tema, el cual dispone que ante las situaciones de amenazas de los docentes o directivos docentes, la autoridad nominadora como primer recurso, evaluará la posibilidad de trasladar al docente o directivo docente amenazado o desplazado, dentro de su jurisdicción y si por razones de seguridad, considera necesario el traslado a otra entidad territorial, lo gestionará previo convenio interadministrativo y preferiblemente a una entidad territorial de tipología similar, en la cual será incorporado a la planta de la respectiva entidad territorial.

Por lo anterior, se considera que los docentes objeto de su consulta, vinculados en provisionalidad y que se encuentran por fuera de la entidad territorial, deben ser requeridos con el fin de solucionar su situación laboral, habida cuenta de que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1844 de 2007, la no prestación oportuna del servicio por parte de los servidores públicos y para el cual están vinculados con el Estado, generarán la no causación de la remuneración correspondiente en los términos previstos en el Decreto 1647 de 1967 y que las entidades territoriales certificadas dispondrán de plano entre otras acciones el no pago de aquellos servicios efectivamente no prestados por estos.

De otra parte, por ser docentes vinculados en provisionalidad no gozan de los derechos y garantías de la carrera docente establecida en el Decreto 1278 de 2002, por no haber sido seleccionados mediante concurso, superado satisfactoriamente el período de prueba, y no estar inscritos en el Escalafón Docente de dicha norma; razón por la cual, tampoco se les podría aplicar lo dispuesto en el Artículo 52 de la Ley 909 de 2004 que establece: “(...cuando por razones de violencia un empleado con derechos de carrera administrativa demuestre su condición de desplazado ante la autoridad competente, de acuerdo con la Ley 387 de 1997 y las normas que la modifiquen o complementen, la Comisión Nacional del Servicio Civil ordenará su reubicación en una sede distinta a aquella donde se encuentre ubicado el cargo del cual es titular, o en otra entidad. La Comisión Nacional del Servicio Civil, en coordinación con las respectivas entidades del Estado...”

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó. B.LL.C.

Rad.83258

2009EE62917-23-10-09

Licenciado

VLADIMIR ALEXANDER MAIGUEL COLINA

Monterrey (Casanare)

OBJETO DE LA CONSULTA

Se consulta si es legal que un docente haga un ejercicio pedagógico al aplicar una encuesta con estudiantes de grado 11 para medir el grado de popularidad y credibilidad de la administración pública y los concejales, ¿Si está permitido que los docentes recojan firmas, aparezcan como promotores de una revocatoria del mandato de un alcalde?, ¿En que faltas pueden incurrir? Cuáles son los derechos como ciudadanos?

NORMAS Y CONCEPTO

Atendiendo su solicitud, de conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle:

Sobre la prohibición de participación en política, de los funcionarios públicos, en los incisos 2 y 3 el artículo 127 de la Constitución Política, modificados por el Acto Legislativo 02 de 2004, se establece:

“A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.”

Así mismo se dispone en el inciso 4 del citado artículo:

“La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.”

Para los docentes, la Corte Constitucional realizó un análisis particular en el que se señala:

“La prohibición de la participación en política se deriva del propósito estatal de neutralidad en la toma de decisiones y en la aplicación de las mismas, condición ésta indispensable para la protección de los intereses generales”.

“En el caso de los profesores, la preocupación del legislador sobre la participación en política se manifiesta en la posibilidad de que la enseñanza impartida por el maestro se encuentre cargada de contenido político en favor de algún partido o movimiento. Por eso el estatuto docente prohíbe expresamente al profesor la utilización de la cátedra para estos fines. Por fuera de esta específica interdicción, el estatuto docente no hace referencia a ninguna otra conducta y esto es razonable si se tiene en cuenta el hecho de que sólo en estas circunstancias, en la cátedra, el profesor se encuentra en posibilidad de afectar la neutralidad exigida por la constitución a sus servidores. Por fuera de la cátedra el profesor se encuentra en condiciones similares a las de los demás ciudadanos. Sus opiniones políticas e incluso su participación directa en el debate partidista, por fuera del recinto académico, no tienen por qué afectar la neutralidad que la ley exige de sus servidores en el manejo de los bienes y asuntos de interés general”. (sentencia T-438 de 1992).

Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial, en el literal i) del decreto 2277 de 1979 se dispone como causal de mala conducta la utilización de la cátedra para hacer proselitismo político. Así mismo, a los docentes se les aplica lo dispuesto en la ley 734 de 2002, normatividad que consagra los derechos, las prohibiciones, deberes, incompatibilidades, impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses del servidor público. En relación con el asunto en consulta, en el artículo 48 se establecen como faltas gravísimas las siguientes:

“39. Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos políticos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la constitución y la ley.

40. Utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político o partidista”

Sobre la participación en política de los servidores públicos en el artículo 38 de la ley 996 de 2005 se establecen como prohibiciones para los empleados públicos, acosar, presionar o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política, difundir propaganda electoral o a favor de cualquier partido, y ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato o indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.

Aplicar una encuesta con estudiantes de grado 11 para medir el grado de popularidad del alcalde y los concejales, así como, recoger firmas para la revocatoria del mandato del alcalde, en concepto de esta Oficina Asesora, afecta la neutralidad exigida por la constitución a sus servidores, es del caso señalar que si bien los docentes pueden aparecer como promotores y recolectores de firmas para la revocatoria del mandato de un alcalde, pueden hacerlo por fuera del recinto académico y en ejercicio de sus derechos constitucionales consagrados en los artículos 40 y 103 de la Constitución Política.

Por último, para establecer lo concerniente a las faltas y sanciones deberá surtirse el procedimiento disciplinario en el que se demuestre la realización del comportamiento

atendiendo a los principios de legalidad y debido proceso entre otros y teniendo en consideración las demás ritualidades establecidas y la clasificación y graduación de las faltas.

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó. Gloria Clemencia Guarín T. Rad- 2009ER84987

SAC-28-10-09

Bogotá, D. C.

Señor

SEGUNDO RENÉ ZAMBRANO RECALDE

SAC 261306

OBJETO DE LA CONSULTA

Se consulta en relación con un docente pensionado por invalidez en el departamento de Putumayo si se puede reincorporar con patologías médicas existentes y si lo puede hacer en el departamento de Nariño. Su plaza salió a concurso.

NORMAS y CONCEPTO

Atendiendo su solicitud, de conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle:

Sobre el asunto en comento esta oficina asesora se ha pronunciado mediante concepto 2008 EE 28564 en los siguientes términos:

“La ley 71 de 1988 y su decreto reglamentario 1160 de 1988 establecen que la pensión de invalidez una vez reconocida se hace efectiva y debe pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio y que para cobrar su primera mesada el pensionado deberá acreditar su retiro , mediante copia autentica del acto administrativo que así lo dispuso o constancia expedida por el jefe de personal de la entidad donde venia laborando o de quien haga sus veces.(ley 71 de 1988 articulo 8, decreto 1160 de 1988 articulo 9)

La ley 91 de 1989 dispone que los docentes, para efectos de las prestaciones sociales y económicas, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969,1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.(ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2)

La ley 776 de 2002 establece que al terminar la incapacidad los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba o a reubicarlo en cualquier otro para el cual este capacitado, de la misma categoría. (Ley 776 de 2002)

La ley 909 de 2004, fija como causal del retiro del servicio, la invalidez absoluta. (Ley 909 de 2004 artículo 41 literal f)

El Decreto 3135 de 1968, y su Decreto reglamentario 1848 de 1969, se aplican a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, definen la pensión por Invalidez, como una prestación económica vitalicia o temporal, a que tiene derecho el empleado público vinculado al servicio activo; esta pensión se extingue al recuperar la capacidad laboral y por lo tanto se debe reintegrar al servicio; la persona invalida tiene derecho a que se le procure la rehabilitación; el pensionado por invalidez está obligado a someterse a exámenes médicos periódicos, con el fin de declarar extinguida la pensión, si de dicho control resulta que la incapacidad ha desaparecido. (Decreto 3135 de 1968 arts 23, 24, 26, 33, 37, Decreto Reglamentario 1848 de 1969 Art 67)

Con base en las normas expuestas y los actos administrativos aportados por esa Secretaría en criterio de esta oficina, la entidad territorial en su momento aplicó a cabalidad las normas, toda vez que la invalidez del docente generó su retiro definitivo del servicio y como consecuencia la vacancia definitiva de dicho cargo, el que debió proveerse de conformidad con las previsiones señaladas en el decreto 1278 de 2002, esto es mediante concurso, como en efecto se hizo; de igual manera al haber recuperado la capacidad laboral, el reintegro del docente que gozaba de los derechos y garantías de la carrera docente, debe hacerse al cargo que ostentaba en el momento de entrar a gozar de la pensión de invalidez porque las normas que regulan la pensión por invalidez así lo establecen, correspondiendo a esa entidad incorporar al docente a uno de los cargos vacantes que exista en la planta de personal.”

Es del caso anotar que de acuerdo con lo dispuesto en la ley 776 de 2002, se requiere que el trabajador recupere su capacidad de trabajo ya sea total o parcial por lo cual le corresponde a la comisión médica interdisciplinaria de que trata la citada ley, evaluar la incapacidad del docente, y establecer si procede la reincorporación, sobre el tema se ha pronunciado la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades:

“Una respuesta racional, basada en la obvia circunstancia de que el retiro del trabajo no ha sido voluntario, sería la siguiente: cuando el inválido se recupera para su trabajo habitual, tiene derecho a su reincorporación porque entran en juego tres principios constitucionales: el orden justo (Preámbulo de la Carta), el Estado social de derecho (art. 1º C.P.) y la protección al trabajo (art. 53 C.P.). Es que, si el inválido recupera en todo o en parte su capacidad y ello es constatado en la revisión médica, legalmente practicada, y, por consiguiente, hay un cambio en la calificación de la incapacidad del trabajador, entonces, se reabre para éste la perspectiva de ser readmitido en el puesto de trabajo del cual fue alejado por fuerza mayor (la invalidez sobreviviente). No hacerlo significaría que una calamidad (la enfermedad) se convertiría en razón suficiente para dislocar el derecho al trabajo, esto no es justo ni compatible con el Estado Social de Derecho...” (Corte Constitucional Sentencia T- 356 de 1995).

Por consiguiente en el evento en que proceda la reincorporación, existe la obligación de ubicar al docente en un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual se deben efectuar los movimientos de personal que sean necesarios al tenor de lo dispuesto en el artículo 8 de la ley 776 de 2002.

Por último, se precisa que le corresponde a las entidades territoriales certificadas (departamentos, distritos y municipios certificados) administrar las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, para el caso, el nominador es el departamento del Putumayo.

Atentamente,

JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Radicado 2009ER56939

Proyectó. Gloria Clemencia Guarín T