

## EDUCADORES (SITUACIONES ADMINISTRATIVAS)

- SAC-28-02-11

Bogotá D.C.,

Señor  
**URIEL CARRERO CALDERON**

Ref. 2011er14722

Respetado señor:

En atención a su consulta identificada con el radicado en referencia le manifiesto:

**CONSULTA:** ¿Un educador que se haya reintegrado a su labor docente en abril de 2010, después de cumplir comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción, tiene derecho a la prima de vacaciones por el año 2010?

### **NORMAS RELACIONADAS Y RESPUESTA:**

El Decreto 1381 de 1997 estableció en el artículo 2:

“ARTÍCULO 2o. Esta prestación se hará efectiva para los docentes que laboran en el calendario "A", a partir del mes de diciembre y para los docentes del calendario "B" en el mes de julio correspondiente a cada vigencia fiscal, quienes hayan laborado durante los diez (10) meses del año escolar.

Parágrafo 1o. Se tiene derecho a la prima de vacaciones, una vez finalizado el año académico correspondiente, por cada año de servicios prestados. Su pago se hará efectivo dentro de los cinco (5) días antes de iniciar el disfrute de las vacaciones. (...)

Es decir, la norma señala que la prima se hace efectiva para quienes hayan laborado durante los 10 meses del año escolar, de modo que si no se ha laborado todo ese tiempo no habrá lugar a su reconocimiento y pago, o sea, que si el docente no trabajó durante los diez 10 meses completos de atención directa a los estudiantes según las normas de calendario académico y plan de estudios fijados, no se hace efectiva esta prestación.

Este concepto se emite en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Atentamente,

**JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

MPML

2011ER14722 24-II-11

**- 2011EE11740**

Bogotá D.C.,

Señor  
**WILLIAM HERNÁNDEZ ARIAS**

Ref. 2011er10748

Respetado señor:

En atención a su consulta identificada con el radicado en referencia le manifiesto:

**CONSULTA:**

Si siendo usted docente vinculado con el sector oficial que desea ser candidato a la alcaldía del municipio donde ejerce su labor docente, debe renunciar al cargo?

**NORMAS RELACIONADAS Y RESPUESTA:**

El Consejo Nacional Electoral ha emitido el siguiente concepto, que sirve de fundamento para responder su consulta.

*Inhabilidad para ser elegido Alcalde por ser docente. “(...) Conforme a las anteriores consideraciones se responde que el ejercicio como docente de la nómina nacionalizada de un establecimiento educativo de carácter oficial es un empleo público que no ejerce autoridad política, civil, administrativa o militar, y en consecuencia no se encuentra incurso en la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que establece que no podrá ser elegido alcalde el empleado público que haya ejercido autoridad en el respectivo municipio dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección. El empleado público que ejerza autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio y aspire a ser elegido alcalde del mismo, deberá renunciar dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección, para no encontrarse incurso en la inhabilidad señalada. En el caso de los docentes, que deseen postularse como candidatos a la alcaldía no deben renunciar a su empleo ni solicitar licencias para presentarse como aspirantes a cargos de elección popular. (Consejo Nacional Electoral radicado 3052 de julio 25 de 2003)”*

Por su parte el Consejo de Estado en Sentencia del 6 de abril de 2006, Sección Quinta, radicado No. 3765, expresó:

*“Son actividades propias del ejercicio de autoridad civil y administrativa, el poder de mando y decisorio, para hacer nombramientos, disciplinar y remover libremente a empleados, igualmente la facultad de celebrar contratos o convenios, ordenar gastos, adoptar decisiones relacionadas con las situaciones administrativas de los servidores públicos, sin que esto implique una relación total de las actividades que pueden realizarse a nombre de los diferentes tipos autoridad inhabilitantes ya señalados, contando siempre todos aquellos actos dispositivos que en forma alguna puedan llegar*

*a tener injerencia en el electorado en grado tal que se pueda manipular su decisión en las urnas”.*

Es decir, que un docente oficial puede presentarse como candidato a la alcaldía del municipio donde ejerce su labor docente. No obstante, por expresa disposición constitucional está prohibido recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, por tanto, si resulta elegido alcalde debe renunciar al cargo de docente antes de tomar posesión como alcalde.

Ahora bien, si se trata de un docente que se desempeña como rector, o de un docente que hace parte del Consejo Directivo de un establecimiento educativo, se considera que el mismo se encontraría incurso en la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, en cuanto establece que no podrá ser elegido alcalde el empleado público que haya ejercido autoridad en el respectivo municipio dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

Este concepto se emite en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Atentamente,

**JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

MPML 2011ER14693 11-III-11

**- CORREO ELECTRÓNICO-15-12-10**

Bogotá, D. C.

Señora

**FANNY GONZALEZ CACERES**

Asunto: Posesión personal incorporado cargos docentes, directivos docentes y administrativos

**OBJETO DE LA CONSULTA**

“(…) 1. Cuando un municipio es certificado... los docentes... que son entregados por el departamento a dicho municipio, ¿deben posesionarse nuevamente ante la alcaldía y/o secretaría de educación municipal, a pesar de haberse posesionado ante el departamento... y encontrarse laborando... desde hace varios años?. 2. ¿Qué efectos y consecuencias jurídicas, legales y laborales, tiene la nueva posesión...? 3. Los docentes provisionales, nombrados por el departamento, que son entregados al municipio... ¿deben posesionarse nuevamente?... 4. ¿Puede el municipio certificado efectuar el pago de la nómina de los docentes en carrera y provisionales sin haber realizado la nueva posesión de los docentes?. 5. ¿Cuál es el período de tiempo establecido, para que los municipios certificados lleven a cabo el proceso de posesión...?”

**NORMAS y CONCEPTO**

Atendiendo su solicitud, remitida a la Alcaldía Mayor de Bogotá, D. C., trasladada por competencia a esta entidad por el Departamento Administrativo de la Función Pública, 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 esta Oficina ante diferentes consultas relacionadas con el mismo tema, se ha pronunciado así:

**1. 2. 3.** “El artículo 81 del Decreto 1042 de 1978 establece: “DEL MOVIMIENTO DE PERSONAL CON OCASIÓN DE LAS REFORMAS DE PLANTAS. Siempre que se reforme total o parcialmente la planta de personal de un organismo, la incorporación de sus empleados a los nuevos cargos establecidos en ella se sujetará a las siguientes reglas: 1ª .No será necesario el cumplimiento de requisito distinto al de la firma del acta de posesión...”  
(...)

El personal docente, directivo docente y administrativo (*propiedad y provisionales*) incorporados a las plantas de personal de los planteles educativos, que mediante acto administrativo adoptó la respectiva entidad territorial, de conformidad con lo establecido en la Ley 715 de 2001 y en el Decreto 1042 de 1978 deberán posesionarse, no será necesario el cumplimiento de requisito distinto al de la firma del acta de posesión, mantendrán su vinculación sin solución de continuidad, no se necesitará de nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo y en ningún caso la incorporación implicará desmejoramiento en las condiciones laborales y salariales.

Por lo anterior, en los casos de traslados, ascensos, encargos o incorporación a una nueva planta de personal, procede la posesión de los servidores públicos (*los docentes son servidores públicos*) a los nuevos cargos, presentando solo el documento de identidad.

De otra parte, la Constitución Política dispone que ningún servidor público entrara a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Igualmente el Código de Régimen Político y Municipal dispone que esto es lo que se llama “posesión del empleo, o bien, tomar posesión de él” y que de todo acto de posesión se dejará constancia en una diligencia que firmarán el que da la posesión, el que la toma y el secretario de la oficina, y en su defecto, los testigos; determina además que las irregularidades de la diligencia de posesión y aún la omisión de tal diligencia, no anulan los actos del empleado respectivo, ni lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. (*Constitución Política artículo 122, Ley 4 de 1913 artículos 247, 252, 268, decreto 1950 de 1973 artículos 46 a 53*)

Por ultimo, el alcance del “Acta de Posesión” ha sido analizado por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en los siguientes términos: “*Para la Corte es evidente que la posible imprudencia del patrono por haber anticipado o precipitado la prestación de los servicios sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para legalizar la relación laboral no puede incidir en perjuicio del trabajador....Se trata de una falta que debe sancionarse por la autoridad competente, en cuanto afecta las finanzas públicas, entorpece el adecuado funcionamiento administrativo y perjudica al servidor público. Pero claro esta ninguna de las circunstancias descritas puede llevar a la consecuencia de que el derecho del trabajador al pago de su salario y prestaciones, por el tiempo en que no haya tomado posesión del cargo quede burlado. En otros términos, el trabajador no es el responsable de que se hubiera comenzado a aprovechar sus servicios antes de los tramites legales, ni puede ser quien asuma las consecuencias de la imprevisión, la*

Calle 43 No. 57-14 Centro Administrativo Nacional, CAN, Bogotá, D.C.

PBX: (057) (1) 222 2800 - Fax 222 4953

[www.mineducacion.gov.co](http://www.mineducacion.gov.co) - [atencionalciudadano@mineducacion.gov.co](mailto:atencionalciudadano@mineducacion.gov.co)

*falta de cuidado, la demora o la mala fe de la administraciones consecuencia en casos en que ha sido probada la efectiva prestación de los servicios por el trabajador, cabe la tutela para defender la efectividad del derecho al trabajo en condiciones justas y dignas.....la administración deberá iniciar los tramites pertinentes de manera inmediata.....En este orden de ideas la administración esta obligada a ser consecuente consigo misma y a no asaltar la buena fe de los particulares. Así, pues,... si un funcionario publico otorga una autorización encaminada a que un particular pueda laborar para la administración, mientras que se surte el trámite pertinente de los actos de nombramiento y consiguiente posesión en el cargo, y por ello el particular, confiado en la autorización empieza a trabajar , debe entonces la administración correr con las consecuencias que apareja dicho acto , esto es, con la carga especifica de reconocer las obligaciones que de la relación entre esta y el particular ha surgido.” (Corte Constitucional Sentencia T-174/97)*

Igualmente el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica del acta de posesión como acto administrativo: *“El acta de posesión es un documento escrito en el que se relatan en forma clara, pormenorizada y veraz, los hechos relativos a la toma de posesión de un cargo publico ....la posesión es un acto formal que tiene por objeto demostrar que se ha prometido el cumplimiento de los deberes que el cargo impone, de acuerdo con la ley , y que se han llenado determinadas exigencias legales que autorizan el ejercicio del mismo.”(Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia julio 31/80)*

**4.** En cuanto al pago de la nómina de los docentes en carrera y provisionales sin haber realizado la nueva posesión, le manifiesto que de acuerdo con la Sentencia T-174/97 de la Corte Constitucional “es evidente que la posible imprudencia del patrono por haber anticipado o precipitado la prestación de los servicios sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para legalizar la relación laboral no puede incidir en perjuicio del trabajador... En otros términos, el trabajador no es el responsable de que se hubiera comenzado a aprovechar sus servicios antes de los trámites legales, ni puede ser quien asuma las consecuencias de la imprevisión... Así, pues,... si un funcionario publico otorga una autorización encaminada a que un particular pueda laborar para la administración, mientras que se surte el trámite pertinente de los actos de nombramiento y consiguiente posesión en el cargo, y por ello el particular, confiado en la autorización empieza a trabajar, debe entonces la administración correr con las consecuencias que apareja dicho acto, esto es, con la carga especifica de reconocer las obligaciones que de la relación entre esta y el particular ha surgido...”

**5.** Con relación al período de tiempo establecido para que los municipios certificados lleven a cabo el proceso de posesión, le informo que esta debe ser inmediatamente se legalice el acto administrativo por medio del cual se incorporan los docentes, directivos docentes y administrativos; funcionarios que no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo.

Mediante Directivas 020 de 2003 y 003 de 2004, la Ministra de Educación Nacional impartió directrices relacionadas con la posesión de los docentes, directivos docentes y administrativos incorporados a las plantas de personal financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones:

*“Luego de que las entidades territoriales certificadas adopten mediante acto administrativo la planta..., los servidores públicos se incorporarán mediante posesión. La incorporación de los funcionarios se hará sin solución de continuidad por medio de la suscripción de un acta de posesión entre el nominador y el servidor público...”*

*“2. Es obligación de los nominadores y de los docentes firmar el Acta de Posesión, sin solución de continuidad, tal y como lo establece el numeral 1 del artículo 81 del decreto 1042 de 1978, teniendo como único requisito la presentación de la Cédula de Ciudadanía del funcionario que estaba vinculado en propiedad a un cargo público, incluyendo aquellos que no concursaron y que se incorporaron a las nuevas plantas de personal...”*

Atentamente,

**JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica  
Proyectó. B.LL.C.  
Rad. 125575

**- 2010EE92671**

Bogotá, D. C.

Señor

**PEDRO NEL CARDENAS MUÑOZ**  
Pitalito - Huila

Asunto: Comisión Sindical docente

**OBJETO DE LA CONSULTA**

*“(...) si el educador... Presidente del Comité Seccional ADIH... TIENE DERECHO A OTORGAMIENTO DE UN PERMISO SINDICAL POR EL ALCALDE DE ESTA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN...”*

**NORMAS y CONCEPTO**

En atención a su solicitud relacionada con permiso sindical, de conformidad con las normas legales y con la advertencia de lo previsto en el artículo 25, inciso 3° del Código Contencioso Administrativo, me permito informarle que esta Oficina se ha pronunciado con relación al mismo tema objeto de consulta, así:

*“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 1º y 3º prescribe:*

*“Artículo 1º. 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 3º. 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 señala, 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, en atención a la consulta de si es viable conceder dichos permisos de manera continua y por el término solicitado, le informo 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; permisos sindicales otorgados por el nominador de la entidad territorial a la que se encuentra vinculado el docente o por el funcionario que este delegue para tal fin. (Artículo 66 del Decreto 2277 de 1979 y 2813 de 2000) (2006EE37069-19-09-06, 2007EE17809-20-04-07, 2008EE50952-30-09-09, 009EE33074-11-06-09, 2010EE18967-19-03-10)”*

Por lo anterior, en atención a su solicitud le manifiesto que 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; razón por la cual, el competente para conceder permisos sindicales es el nominador de la entidad territorial certificada a la que se encuentra vinculado el docente o el funcionario que este delegue para tal fin.

Atentamente,

**JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó. B.LL.C.

Rad. 136317

**- 2011EE89070**

Bogotá, D. C.

Doctora

**SOLEDAD QUINTERO HERNANDEZ**

Barrancabermeja - Santander

Asunto: Representación organizaciones sindicales

**OBJETO DE LA CONSULTA**

“(…) entidad territorial certificada... tres (3) organizaciones sindicales se disputan la representatividad para efectos de la elección del representante de los educadores en la JUME, Comité de Desplazados, Comité del Fondo de Prestaciones Sociales, entre otros, representación que se hace necesario clarificar, como quiera que una de ellas es mayoritaria en número de afiliados en todo el departamento de Santander, pero no en Barrancabermeja... agradezco orientación jurídica al respecto...”

## **NORMAS y CONCEPTO**

En atención a su consulta dirigida a la Oficina Jurídica del Ministerio de Protección Social, 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, con relación a la representación sindical de docentes en la JUME, Comité de Desplazados, Comité del Fondo de Prestaciones Sociales, me permito informarle:

El Capítulo 3° de la Ley 115 de 1994 – Ley General de Educación - que trata sobre las Juntas de Educación, se encuentra vigente, con las modificaciones y derogatorias realizadas por el Decreto 2150 de 1995, y las Leyes 715 de 2001 y 962 de 2005; el funcionamiento y régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las Juntas de Educación se encuentra establecido en la Ley 115 de 1994 y en el Decreto Reglamentario 1581 de 1994; Juntas de Educación que quedan como escenarios de participación comunitaria para formular recomendaciones a la administración territorial, para mejorar la calidad del servicio educativo.

En la conformación de la Junta Municipal de Educación –JUME- el numeral 5 establece la representación de dos (2) representantes de los educadores, uno de los cuales será directivo docente, designados por las respectivas organizaciones de educadores y de directivos docentes que acrediten el mayor número de afiliados. (*Artículo 162 de la Ley 115 de 1994*)

El Artículo 3° de la Resolución 1240 de 2010 por la cual se fija el procedimiento para la protección de los docentes y directivos docentes estatales que se encuentran en situación de amenaza, en la conformación del Comité Especial de Amenazados se dispone en el numeral 4 un representante del sindicato que agrupe el mayor número de docentes en la respectiva entidad territorial certificada.

Con relación a los Comités regionales de que trata el Decreto 2831 de 2005 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe estar un representante de la unión sindical de educadores al servicio del Estado con el mayor número de afiliados en la entidad territorial.

Por lo anterior, en atención a su consulta le manifiesto que las normas son claras cuando establecen que la representación de los educadores en la Junta Municipal de Educación – JUME-, en la conformación del Comité Especial de Amenazados, y en los Comités Regionales de que trata el Decreto 2831 de 2005 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, corresponde a la organización sindical que tenga el mayor número de afiliados en la entidad territorial.

Atentamente,

**JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó. B.L.L.C.

116770

**- 2010EE92703**

Bogotá, D. C.

Doctora  
**EUNICE RAMÍREZ VARÓN**  
Ibagué - Tolima

Asunto: Retiro del cargo docente por presunto abandono del cargo

### **OBJETO DE LA CONSULTA**

“(…) Cual es el procedimiento administrativo para retirar del cargo a una docente vinculada... quien presuntamente incurre en abandono del cargo desde el año 2009... Es posible retirarla con un acto administrativo... sin proceso disciplinario...”

### **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 esta Oficina ante diferentes solicitudes relacionadas con el mismo tema objeto de su consulta, se ha pronunciado así:

“(…) 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. 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 en 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. La Sala Plena de la Sección Segunda de la misma Corporación, en fallo del 22 de septiembre de 2005 Expediente 110010325000200300244-01 (2103-03) M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, 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, considera esta Oficina que procede la declaratoria de vacancia por abandono de cargo como forma establecida en la ley para el retiro del servicio, incluido el personal docente y directivo docente sin el requisito previo del 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 de la 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.” (2009EE58600-01-10-09)

Atentamente,

**JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó. B.L.L.C.

Rad. 132742

**- 2011EE4926**

Bogotá, D. C.

Señor

**GUILLERMO REY NARVAEZ**

Cali - Valle del Cauca

Asunto: Cual es la fecha de retiro definitivo de un docente

## OBJETO DE LA PETICIÓN

“(…) solicito se me defina cual es la fecha de retiro obligatorio... docente nombrado bajo Decreto 2277 de 1979...”

## 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:

Al legislador le fue otorgada la facultad de regular lo pertinente a lo relacionado con las causales de desvinculación que no estén reguladas directamente en la Constitución Política; entre otras causales que estableció el legislador para el retiro del servicio público, se encuentra la edad de retiro forzoso, plasmada de manera general en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968.

De otra parte, el artículo 31 del Decreto Ley 2277 de 1979, establece que el educador tiene derecho a permanecer en servicio, mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso.

Así las cosas, en atención a su consulta le manifiesto que todo empleado que cumpla la edad de de sesenta y cinco (65) años como lo dispone el Decreto Ley 2400 de 1968 antes mencionado, será retirado del servicio.

Por ultimo, con relación a la edad de retiro forzoso para su conocimiento se transcribe aparte de la Sentencia T-548/10 emitida por la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil diez (2010)...:

“La Corte, en múltiples fallos, ha avalado el retiro forzoso a la edad de 65 años como causal de desvinculación del servicio público, por encontrarlo acorde con los fines consagrados en la Carta Fundamental, pues lo que se pretende con esta medida es que *“el Estado redistribuya y renueve un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades.”*

Así mismo, esta Corporación ha señalado que la fijación legal de la edad de retiro forzoso a los 65 años, no vulnera el mínimo vital, pues la aludida restricción *“impuesta a los servidores públicos es compensada por el derecho que adquieren al disfrute de la respectiva pensión de jubilación (C.P., artículo 48) y a las garantías y prestaciones que se derivan de la especial protección y asistencia que el Estado está obligado a dispensar a las personas de la tercera edad (C.P., artículos 13 y 46), lo cual deja a salvo la integridad del indicado derecho fundamental.”*

Del mismo modo, es conveniente anotar que la Corte declaró, mediante sentencia C-351 de 1995, la exequibilidad del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 el cual establece la edad de retiro forzoso de manera general, en esa oportunidad esta Corporación señaló que *“es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de*

*funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos.”*

Atentamente

**JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyecto. B.LL.C.

Rad. 3168

**- 2011EE74020**

Bogotá, D. C.

Señor

**LISANDRO GARCÍA MENDOZA**

Ibagué - Tolima

Asunto: Conservación derechos de carrera docente que concursó para trasladarse de entidad territorial

**OBJETO DE LA CONSULTA**

“(...) docente del Departamento del Tolima... actualmente laboro con... Ibagué, gracias a una vacancia temporal que se me otorgó después de haber pasado el respectivo concurso... ya pasé periodo de prueba y estoy a la espera del nombramiento en propiedad... nos dijeron que no perderíamos ninguno de los derechos ya adquiridos... actualmente... se ha iniciado la elaboración de dichos decretos y no se está dejando claro que es sin solución de continuidad, además de decir en una de las cláusulas que se nos debe inscribir en el escalafón docente, lo cual es un error...”

**NORMAS y CONCEPTO**

Atendiendo su solicitud sin firma, 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 esta Oficina ante diferentes consultas relacionadas con el mismo tema, se ha pronunciado así:

La Ley 909 de 2004 por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en el artículo 3º establece los campos de su aplicación, entre otros, en el numeral 2 de dicho artículo dispone que igualmente con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, se aplicará a los servidores públicos de las carreras especiales tales como la que regula el personal docente.

De otra parte, la Ley 909 de 2004 en el artículo 31 dispone que el empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene

calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa.

Por lo anterior, en atención a su solicitud le manifiesto que los docentes que se encuentran vinculados en propiedad en entidad territorial certificada y escalafonados con las normas de los Decretos 2277 de 1979 y 1278 de 2002 y gozan de los derechos y garantías de la carrera docente, que se presentan a nuevo concurso para cargo docente o directivo docente en la misma entidad certificada o en otra, si superan dicho concurso conservan los derechos de carrera, serán vinculados en período de prueba y percibirán la asignación básica mensual correspondiente al grado del escalafón docente en el que se encuentran inscritos y en el nivel salarial en el que se encuentran ubicados.

Así las cosas, los docentes que son vinculados en período de prueba en entidad territorial diferente a aquella en la que se encuentran vinculados en propiedad, deben informar dicha situación a esta, para que declare la vacancia temporal del cargo, con el fin de que si no superan dicho período, o deciden no aceptar el nombramiento en propiedad, puedan regresar al empleo que venían desempeñando antes del concurso y conserven la inscripción en la carrera administrativa (Escalafón, nivel salarial) de conformidad con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004. (Aplicación de carácter supletorio, por presentarse vacíos en la normatividad de carrera especial que regula el personal docente)”

Con relación a si pierde el derecho de ascenso si cambia de entidad territorial, le manifiesto que los procesos de vinculación y de ascenso son diferentes; razón por la cual, el docente que se vincula a entidad territorial diferente a aquella a la cual venía vinculado en propiedad, conserva la inscripción en carrera administrativa; razón por la cual la entidad territorial donde presentó la evaluación de competencias, debe expedirle con el lleno de los requisitos el acto administrativo de ascenso o de reubicación salarial, y la entidad territorial que lo recibe debe aplicarlo.

Por ultimo, la Comisión Nacional del Servicio Civil en varios conceptos<sup>1</sup>, cuyo contenido esta Oficina Asesora comparte, ha señalado que la interpretación y aplicación de la anterior normativa encuentra claro fundamento en el principio de la movilidad laboral y salarial en el empleo público entendido como “un derecho de los empleados y trabajadores que apunta precisamente a valorar la experiencia y por ende a no expulsar sino estimular y mantener retos de progreso y mejoramiento personal en las dimensiones económicas, sociales y profesionales del trabajador” agregando que este principio, así como el de favorabilidad que también resulta aplicable en este caso, están consagrados expresamente en el artículo 53 de la Constitución Política. (2010EE33622)

Atentamente,

**JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó. B.LL.C. - Rad. 10666

---

<sup>1</sup> Comisión Nacional del Servicio Civil, Conceptos 02-020485 del 21 de octubre de 2009 y 02-004923 del 8 de abril de 2009.

**- 2011EE12774**

Bogotá, D. C.

Señor  
**HERMES HOMERO MUESES PANTOJA**  
Sin Dirección

Asunto: Tiempo de servicio como funcionario administrativo para ascenso Escalafón Docente

### **OBJETO DE LA SOLICITUD**

“(…) docente... actualmente laborando... en 1988 reconoció a mi favor la Pensión de Invalidez... hasta mes de noviembre de 2006... durante período... 20 de julio de 1988 a 2006 me vinculé a la administración Departamental de Nariño bajo una serie de modalidades administrativas... escalafonado en el grado 12... 1... si puedo ascender en el escalafón docente haciendo valer como tiempo el laborado con el Departamento de Nariño durante el tiempo en que me encontraba pensionado por invalidez...”

### **NORMAS y CONCEPTO**

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

El 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, atendiendo su consulta y teniendo en cuenta lo expuesto en esta, le manifiesto que, para que se le pueda tener en cuenta el tiempo laborado como funcionario de carácter administrativo para efectos de ascenso en el Escalafón Docente, previamente debió existir comisión temporal como educador escalafonado en servicio activo para ejercer cargo de libre nombramiento y remoción; razón por la cual, si laboró estando pensionado por invalidez desempeñando cargos administrativos, dicho tiempo de servicio no se puede tener en cuenta para efectos de ascenso en el Escalafón Docente.

Por ultimo, para su conocimiento le informo que la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, del Consejo de Estado, Expediente No. 6077 quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), con relación a personas pensionadas por invalidez en sus consideraciones expresó: “*En síntesis, al haberse reconocido pensión de invalidez al actor, no era física ni legalmente posible, que continuara en el servicio público; lo primero, porque si se le reconoció la pensión de invalidez, precisamente por estar inhabilitado físicamente para laborar, mal puede considerarse que estaba apto para ejercer un empleo...*”

Atentamente,

**JORGE ALBERTO BOHÓRQUEZ CASTRO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica  
Proyectó. B.LL.C.  
Rad.11654

**- 2010EE86783**

Bogotá, D, C,

Doctora  
**NORHA LIGIA HOYOS PELAEZ**  
Cartago – Valle del Cauca

Asunto: vacaciones de docentes que se retiran del servicio. Radicado ER 97774,114352

En atención a su comunicación solicitando concepto sobre el asunto que adelante se relaciona, le informo que daremos respuesta con las previsiones contenidas en el inciso tercero del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

**OBJETO DE LA CONSULTA**

-"Los docentes que son retirados del servicio sin haber cumplido diez meses del año lectivo, tienen o no derecho al reconocimiento y pago de vacaciones proporcionales".

**NORMAS CONCEPTO**

La ley 995 de 2005 dispone que en caso de retiro del servicio los empleados públicos que cesen en sus funciones sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.(ley 995 de 2005 artículo 1)

El Decreto 404 de 2006 establece que los trabajadores públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor , tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones.(Decreto 404 de 2006 artículo 1)

La Corte Constitucional en Sentencia C-669 de 16 de agosto de 2006 consideró que: "la ley 995 de 2005 optó por no exigir un periodo mínimo para acceder a la compensación de las vacaciones no disfrutadas cuando se termina la relación laboral y, en su contexto, el derecho al descanso remunerado se entiende causado día a día y proporcionalmente "por el tiempo efectivamente trabajado".....la ley asume que para la generalidad de los trabajadores públicos y privados, las vacaciones son un derecho que se adquiere por el simple transcurso del tiempo y por tanto que su compensación en dinero no está ligada necesariamente a su causación periódica o a su acumulación, como tradicionalmente sucedía".

De conformidad con las disposiciones legales y la jurisprudencia citadas, los docentes que son retirados del servicio, sin haber cumplido diez meses del año lectivo, tienen derecho al reconocimiento y pago de vacaciones proporcionales.

Cordial saludo,

**JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Preparado por NCT Radicados 97774,114352

**- SAC-30-12-10**

Bogotá, D, C,

**CARLOS ARDILA**

Asunto: Docente miembro Junta Directiva de Junta de Acción Comunal. Radicado SACER 117004.

En atención a su comunicación solicitando concepto sobre el asunto que adelante se relaciona, le informo que daremos respuesta con las previsiones contenidas en el inciso 3 del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Calle 43 No. 57-14 Centro Administrativo Nacional, CAN, Bogotá, D.C.

PBX: (057) (1) 222 2800 - Fax 222 4953

[www.mineduccion.gov.co](http://www.mineduccion.gov.co) - [atencionalciudadano@mineduccion.gov.co](mailto:atencionalciudadano@mineduccion.gov.co)

## **OBJETO DE LA CONSULTA**

-“Puede un docente ser miembro de la Junta Directiva de una Junta de Acción Comunal de una vereda”.

## **NORMAS CONCEPTO**

La Constitución Política garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en la sociedad.(Constitución Política artículo 38)

La ley 743 de 2002 establece que las Juntas de Acción Comunal, son organizaciones civiles y sociales sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los habitantes de un lugar ,en procura de lograr un desarrollo integral sostenible y sustentable , con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa; fija como impedimentos para ser parte de dichas Juntas, el estar afiliado a otro organismo de acción comunal del mismo grado excepto cuando se trate de una junta de vivienda comunitaria así como haber sido desafiliado o suspendido de cualquier organismo de acción comunal mientras la sanción subsista .( ley 743 de 2002 artículos 6,8,25)

El decreto 2350 de 2003 fija los requisitos para ingresar a una Junta de Acción Comunal y que son: ser personal natural, residir dentro del territorio de la Junta, ser mayor de 14 años, no estar incurso en ninguna causal de impedimento de las contempladas en el artículo 25 de la ley 743 de 2002,no estar afiliado a otra Junta de Acción Comunal, poseer documento de identificación.

De conformidad con las disposiciones citadas, las Juntas de Acción Comunal son personas jurídicas de derecho privado (artículo 633 del Código Civil) y por tanto no forman parte de la administración pública del orden municipal, no son empresas que prestan servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio; por tanto en criterio de esta oficina, no existe inhabilidad o impedimento para que un docente sea miembro de la Junta directiva de una Junta de Acción Comunal.

## **JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica  
Preparado por NCT  
Radicado 117004

**- 2011EE2363**

Bogotá, D, C,

Doctor

## **AUGUSTO OCAMPO VALENCIA**

**Itagui - Antioquia**

Asunto: Régimen pensiones docentes de Itagui .Compatibilidad entre pensión y salarios  
Radicado 137674.

En atención a su comunicación solicitando concepto sobre el asunto de la referencia le informo que , esta oficina en cumplimiento de las funciones asignadas por el Decreto 5012 de 2009 en especial las previstas en el artículo 7 numerales 7.8 y 7.11 establecerá el alcance de las normas que regulan la materia con las previsiones contenidas en el inciso 3 del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

### **NORMAS CONCEPTO**

La ley 60 de 1993 ordenó la incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal, respetándoles el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad. (Ley 60 de 1993 artículo 6)

Los decretos 196 de 1995 y 2370 de 1997 definieron el régimen de afiliación al Fondo, de los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales, dispusieron que a estos docentes se les respetaría el régimen prestacional que tuvieran a l momento de la incorporación, los cuales debían ser certificados en los respectivos convenios de afiliación (decreto 196 de 1995 Artículo 5)

La ley 812 de 2003 en el artículo 81 dispuso que: el régimen prestacional de los docentes, nacionales, nacionalizados, y territoriales que se encuentren vinculados al servicio educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley.

De conformidad con las disposiciones antes citadas y los hechos contenidos en su consulta en criterio de esta oficina, el régimen a aplicar en materia de pensiones para los docentes territoriales pagos con recursos propios de ese municipio, es el certificado para el convenio de afiliación y los anexos que en su momento suscribió la entidad territorial , régimen que certificó que “se requería del retiro definitivo del docente para recibir la pensión de jubilación”. Como tales convenios se hicieron en cumplimiento de un mandato legal ; y no existe norma que ordene lo contrario , no es viable modificar tal convenio.

### **JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Preparado por NCT. Radicado 137674