

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil cuatro (2004)

Referencia: Radicación No. 1603

Carrera docente. Situación de las personas vinculadas por órdenes de prestación de servicios y por nombramientos provisionales frente al nuevo estatuto de carrera docente

La señora Ministra de Educación Nacional, formula a la Sala la siguiente Consulta:

“1º.- ¿Cuando el artículo 34 de la ley 715 de 2001 establece que los docentes y directivos docentes contratistas del Estado mediante orden de prestación de servicios que se encontraban contratados a 1 de noviembre de 2000, deben cumplir los requisitos de carrera administrativa ¹ para su incorporación definitiva a las plantas que se establezcan (lo cual ocurrió solo hasta el 31 de diciembre de 2003), debe entenderse que los requisitos que deben cumplir son los establecidos en el decreto 2277 de 1979 o en el decreto ley 1278 de 2002?

2º.- ¿Si un docente vinculado por orden de prestación de servicios en los términos del artículo 38 de la ley 715 de 2001, fue nombrado en provisionalidad en el año 2002, pero no cumple los requisitos de títulos académicos establecidos en el decreto ley 1278 de 2002 artículo (sic) 7 y 13 parágrafo 1, puede mantener dicha vinculación y presentarse al concurso para la provisión definitiva del mencionado cargo?

3º.- ¿Si un docente fue nombrado en provisionalidad en un cargo docente o directivo docente con anterioridad a la expedición de la ley 715 de 2001 y del decreto 1278 de 2002 cuando aún no existía la posibilidad jurídica de hacerlo, y no cumple los requisitos de títulos académicos, puede mantenerse dicho nombramiento; puede presentarse a concurso?

4º.- ¿En el caso en que el Consejo de Estado considere que los docentes vinculados provisionalmente en virtud del artículo 38 de la ley 715 de 2001, se rigen por el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, que sucede con el personal que fue vinculado provisionalmente por las entidades

¹ La Sala entiende, por las disposiciones citadas, que la pregunta se refiere a la carrera docente.

Consulta. Radicación No. 1603

territoriales y que han venido siendo remunerados de acuerdo con el grado en el escalafón dispuesto en el decreto 2277 de 1979 (remuneración superior a la que recibirían en virtud del decreto 1278 de 2002)?

5°.- Del mismo modo, y en el entendido que, según lo establecido en el decreto ley 2277 de 1979, para ser inscrito en el escalafón nacional docente no era requisito ser servidor público, y por lo tanto los docentes del sector privado así como los contratistas del estado fueron inscritos en dicho escalafón y ascendieron en el mismo. Surge el interrogante de si la inscripción de estas personas les da derecho de carrera administrativa y por lo tanto si al presentarse a concurso para la provisión definitiva de cargos un docente escalafonado de acuerdo con el decreto ley 2277 de 1979 que no era servidor público ingresa al servicio con dicho régimen o con el nuevo escalafón docente establecido en el decreto ley 1278 de 2002, con las consecuentes prerrogativas y diferencias prestacionales y salariales que existen entre uno y otro régimen?

Sobre el particular, luego de precisar que con la expedición de la ley 115 de 1994 se avanzó en el esfuerzo de la profesionalización del sector docente, de citar los artículos 105, 108, 116 y 118 de aquélla, 34, 38 y 111 de la ley 715 de 2001, 7° y 13 del decreto 1278 de 2002, advierte que todo este contexto normativo ha generado una serie de controversias respecto del tratamiento que debe darse a los docentes vinculados por ordenes de prestación de servicios con anterioridad a la expedición de la ley 715 de 2001 y a los nombramientos provisionales efectuados antes de la expedición de la ley 715 y los efectuados en cumplimiento del artículo 38 de ésta en cargos vacantes con ocasión del proceso de organización conjunta de la planta por parte de la Nación y las entidades territoriales certificadas, así como de los requisitos exigibles al momento de convocar los concursos para la provisión definitiva de los cargos y, finalmente, del régimen docente aplicable.

Agrega que según la posición de la Federación Colombiana de Educadores, los docentes vinculados con anterioridad al 1° de noviembre del año 2000 deben ser incluidos en las plantas de personal en propiedad, sin que se requiera la presentación del concurso; que el alcance del artículo 38 de la ley 715 en relación con quienes prestan servicios mediante ordenes de prestación de servicios “implica la obligación de vincularlos mediante nombramientos provisionales en las actuales plantas aplicándoles el régimen del estatuto docente establecido en el decreto 2277 de 1979”; los que por tanto no tendrían que cumplir los requisitos de título académico establecido en el decreto 1278 de 2002, su remuneración sería la del antiguo escalafón y, en general, su régimen sería el establecido en el anterior estatuto.

Finalmente, la señora Ministra señala que la posición del Ministerio es contraria y expresa que para el caso de los docentes vinculados por ordenes de prestación de servicios, los derechos de carrera no se desprenden de la inscripción en el escalafón sino del nombramiento en propiedad en un cargo público. “En ese orden de ideas, ningún contratista del Estado, como tampoco ningún docente del sector privado, pueden alegar derechos de carrera si no ostentan la calidad de servidores públicos y en ese sentido, la prioridad que establece el artículo 38 de la ley 715 de 2001 no obsta para afirmar que el

Consulta. Radicación No. 1603

régimen aplicable a estos docentes al ingresar al servicio público sea otro distinto que el establecido en el decreto ley 1278 de 2002. En consecuencia los docentes vinculados por OPS deben cumplir con los requisitos establecidos en el decreto ley 1278 de 2002 y tienen el régimen y remuneración que de él se desprende.”.

La Sala consideró aconsejable conocer directamente los planteamientos del Ministerio y de las organizaciones sindicales, y al efecto realizó audiencias con la señora Ministra y sus asesores y con los representantes de FECODE y ASDEM, los días 24 y 26 de agosto, respectivamente.

La Sala considera

El tema objeto de la Consulta toca directamente con el sistema de carrera docente. En concreto, el problema jurídico a resolver hace referencia a la situación laboral frente a la carrera de los docentes y directivos docentes que fueron nombrados provisionalmente con anterioridad a la expedición de la ley 715 y de los que prestaban servicios mediante órdenes de prestación de servicios y por mandato del artículo 38 de la ley 715 de 2001 fueron nombrados provisionalmente.

El problema planteado tiene una gran trascendencia actual como quiera que de un lado involucra la eficacia de la carrera en mención y, de otro, afecta a un número importante de docentes que se encuentran en la situación descrita ², por lo que en principio se hallan en tensión la garantía de acceder al servicio público mediante un sistema de méritos que desarrolle los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad en el proceso de selección y los derechos que puedan cobijar a aquellos docentes.

Las inquietudes surgen como consecuencia de las circunstancias que rodean a los referidos docentes frente a la carrera, con ocasión de constantes cambios normativos introducidos principalmente en el decreto 2277 de 1979, los artículos 6º de la ley 60 de 1993, 105 de la ley 115 de 1994, 34 y 38 de la ley 715 de 2001 y el decreto 1278 de 2002, lo cual genera aparentes contradicciones y ambigüedades interpretativas, fácticas y de fuentes del derecho.

Para absolver los interrogantes formulados, la Sala estima necesario estudiar en cada una de las etapas en que se ha desarrollado la carrera docente, los siguientes temas:

- 1.- La carrera docente. Nombramientos en propiedad y en provisionalidad
- 2.- Los docentes con órdenes de prestación de servicios.
- 3.- Incorporación a las Plantas de Personal en los términos de los artículos 34 y 38 de la ley 715 de 2001. El Acto legislativo No. 1 de 2001

² En escrito presentado el 26 de agosto de 2004 por el Presidente de FECODE se advierte que “A la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2001, existían en el país más de cincuenta mil educadores vinculados de manera irregular a las distintas entidades territoriales, mediante las denominadas órdenes de prestación de servicios (OPS)”

Consulta. Radicación No. 1603

4.- La situación frente a la carrera de los docentes y directivos docentes que habían suscrito órdenes de prestación de servicios y que por mandato del artículo 38 de la ley 715 de 2001 fueron nombrados provisionalmente

La Sala se limitará a absolver las preguntas formuladas por el Ministerio, sin entrar a referirse a otras situaciones respecto de las cuales no se elevó consulta formal.

La carrera administrativa

Se ha sostenido, con suficiente razón, que solamente es dable obtener buenos resultados dentro de una organización o administración, cuando se garantiza que quienes ingresan a ella acrediten excelentes condiciones personales, estén motivadas y reciban permanente capacitación. La carrera es el sistema técnico de administración de personal que, además de permitir lograr tales objetivos, se convierte en el mecanismo más idóneo y transparente para acceder al servicio público en igualdad de condiciones y, por ende, su implementación es forzosa dentro de todos los órganos y entidades del Estado a fin de poder cumplir los cometidos de éste, previstos en el artículo 2° de la Carta.

El constituyente fue consciente de tal situación y por ello precisamente en el artículo 125 de la Constitución Política consagró:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

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

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.³

En términos generales la carrera administrativa empieza a desarrollarse en Colombia bajo el Gobierno de Eduardo Santos con la ley 165 de 1938. Es plasmada constitucionalmente por primera vez en el referendo plebiscitario de 1957. A partir de allí su evolución normativa se ha producido a través de los decretos 1732 de 1960, 2400 y 3074 de 1968, 1950 de 1973 y las leyes 61 de 1987, 27 de 1992, 443 de 1998. En la actualidad está pendiente de sanción presidencial el Proyecto de ley No. 233 de 2004 del Senado; 216 de 2003 y su acumulado No. 262 de 2003 de la Cámara.

³ En sentencia C-562 de 1996, la Corte sostuvo “Esta Corporación ha sido enfática en reconocer la institución de la carrera administrativa como el mecanismo más idóneo para ingresar a algunos cargos públicos, pues se sustenta en tres principios constitucionales: la eficiencia y la eficacia en la gestión pública, unidos éstos al principio de la igualdad propio de un Estado social de Derecho”

Consulta. Radicación No. 1603

La carrera docente⁴**1. Primera etapa. El decreto 2277 de 1979**

En el campo docente, aún cuando la regulación de esta materia data del siglo antepasado⁵, para efectos de resolver la Consulta solamente habrá de analizarse la

⁴ El artículo 67 de la Carta, consagra la educación como un derecho de la persona y un servicio público que tiene como funciones sociales el acceso al conocimiento, a la técnica, a la ciencia y a los demás bienes y valores de la cultura.

⁵ Así por ejemplo, la ley 106 de 1880, dispuso que la instrucción pública que costeara la Nación se dividía en primaria, secundaria y profesional (art. 2º), el artículo 6º concretó que “Corresponde al Poder Ejecutivo nombrar los superiores, catedráticos y demás empleados de la Instrucción Pública Nacional. Todos estos empleados durarán por el tiempo de su buen desempeño, a juicio del Poder Ejecutivo”. El decreto 442 de 1884, señaló: “Las enseñanzas en las escuelas primarias de los Territorios Nacionales se dividirán en tres secciones: elemental, media y superior”, y precisa que los maestros, son los docentes que prestan servicios en ellas. El artículo 3º de la ley 12 de 1886 resalta que “Ningún destino es incompatible con el cargo de Catedrático de instrucción secundaria o profesional, y los que ejerzan tales enseñanzas pueden también desempeñar diversas asignaturas. En todos estos casos los sueldos son acumulables”. La ley 39 de 1903, en su artículo 26 se refiere a los profesores del nivel profesional como catedráticos; el artículo 1º del Decreto 491 de 1904, que la reglamentó, dispuso que “el personal de la instrucción pública se divide en dos grupos: el personal administrativo y el personal docente. Forman el primer grupo el Ministro de Instrucción Pública, sus subalternos en el Ministerio y los empleados de las Secretarías de Instrucción Pública departamentales; forman el personal docente los superiores, catedráticos y maestros de los varios ramos de la enseñanza oficial”. En cuanto a los gastos de la instrucción pública, los artículos 26, 27 y 28 del referido decreto 491 de 1904, determinaron: “Art. 26. Serán de cargo de la Nación los gastos que ocasione la instrucción secundaria, la industrial y la profesional y artística, cuando en los tres últimos casos los establecimientos respectivos funcionen en la capital de la República. // Art. 27 Serán de cargo de los Departamentos y de los Municipios, en la forma que determinen las Asambleas, los gastos que ocasione la instrucción primaria. // Los Departamentos y Municipios que dispongan de recursos suficientes podrán sostener establecimientos de enseñanza secundaria, industrial, profesional y artística. // Art. 28. Serán asimismo de cargo del Tesoro nacional los gastos de instrucción primaria en las Intendencias y los de catequización de indígenas”. Así mismo, conviene resaltar el contenido de los artículos 75 y 100 del mismo decreto, que prescribieron: “Art. 75. El nombramiento de los Maestros de las escuelas primarias corresponde a los Gobernadores de los Departamentos; pero tales nombramientos deberán hacerse en los individuos que hayan obtenido diploma de Maestros en las Escuelas Normales; cuando hubiere escasez de personal de la clase indicada, se podrán nombrar individuos que tengan las condiciones siguientes (...) Art. 100. En el ramo de Instrucción pública primaria no habrá más empleados que los determinados en este Decreto; pero las Asambleas departamentales podrán crear otros, pagados con fondos del Departamento, siempre que, por circunstancias especiales, se juzgare conveniente la creación de algunos nuevos”. La ley 4ª de 1913 en su artículo 127 faculta al gobernador para nombrar y remover libremente a los maestros de escuela. Ya en 1935, con el decreto 326 de ese año, se comienza a hablar de profesores externos y se fija su sueldo. La ley 43 de 1945, crea el escalafón nacional de enseñanza secundaria. El decreto 3050 de 1965 se refiere al profesorado oficial de tiempo completo y de tiempo parcial.

El decreto 841 de 1967, adicionó el artículo 2º del decreto 155 de 1967, y consagró que “Los (...) profesores(...)podrán dictar como profesores externos hasta un máximo de cuatro (4) horas semanales de clase, cuando las necesidades del servicio así lo exijan y siempre y cuando que tengan adscritas el mínimo de horas semanales de clase...”. Se resalta que en este momento se precisó un límite para que el docente de tiempo completo se pudiera desempeñar como profesor externo. El decreto 291 de 1968, adicionó el artículo 2º del decreto 155 de 1967, y derogó el decreto 841 de 1967 en el sentido de señalar que el personal docente de tiempo completo de los establecimientos nacionales de enseñanza media podía ser nombrado para desempeñar cargos de profesor externo cuando las necesidades educativas así lo exigieran, en establecimientos en donde prestara sus servicios o en otros de carácter oficial. Los decretos 2285 de 1968 y 3190 de 1968 contemplaron que “Los empleos permanentes de jornada parcial se remunerarán en forma proporcional al tiempo trabajado”. El decreto 258 de 1970, que modifica el decreto 155 de 1967, redujo el número de horas de clase semanales que debían dictar los profesores de tiempo completo. El

Consulta. Radicación No. 1603

normatividad a partir de la expedición del decreto ley 2277 de 1979. Dicho decreto adoptó normas sobre el ejercicio de la profesión docente; estableció el **régimen especial** para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente⁶ en los distintos niveles y modalidades que integran el sistema educativo nacional⁷ – art. 1º-. Así, el artículo 3º precisó que “los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, **son empleados oficiales de régimen especial**, que **una vez posesionados**, quedan vinculados a la Administración por las normas previstas en este Decreto.”⁸

En materia de nombramientos se dispuso que a partir de la vigencia del mismo sólo podrían ser nombrados para ejercer la docencia en planteles oficiales de educación quienes poseyeran título docente o acreditaran estar inscritos en el Escalafón Nacional Docente y al efecto se consagraron unos requerimientos para cada uno de los distintos niveles del Sistema Educativo Nacional – art. 5º⁹ –. Específicamente en lo que tocaba con la provisión de cargos el artículo 6º contempló que: (i) cada año la autoridad educativa competente señalaría la planta de personal de los establecimientos educativos oficiales bajo su jurisdicción para la respectiva vigencia; (ii) los cargos que fueren incluidos en dichas plantas serían los únicos susceptibles de ser provistos por la autoridad nominadora; (iii) las plantas de personal deberían ser aprobadas en todos los casos por el Gobierno Nacional.

Todo nombramiento que no cumpliera con las estipulaciones fijadas en los artículos 5º y 6º era reputado ilegal y podría ser declarado nulo por la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de la obligación de la autoridad nominadora que lo hubiera proferido de declarar la insubsistencia correspondiente tan pronto como tuviera conocimiento de la ilegalidad, so pena de incurrir en causal de mala conducta – art. 7º -.

Este mandato perentorio, cuyo incumplimiento generaba consecuencias disciplinarias, con las repercusiones del caso y ante la insuficiencia de cargos en las plantas de

artículo 5º dispuso : “El nombramiento de un profesor de tiempo completo para dictar horas extras de clase en el plantel al cual esté vinculado se entiende únicamente por el año escolar y deberá efectuarse nuevamente cada año”. El decreto 101 de 1971 precisó que “El nombramiento de un profesor de tiempo completo para dictar horas extras de clase en el plantel o planteles al cual esté vinculado se entiende únicamente por el año escolar y deberá efectuarse nuevamente cada año.” El decreto 224 de 1972, expedido en uso de las facultades extraordinarias concedidas por el artículo 2º de la ley 14 de 1971, en su artículo 3º, señaló que el profesor que prestara servicios por horas en establecimientos educativos o el profesor de tiempo completo al que se le nombrara además como profesor externo fuera de su tiempo completo, recibiría una asignación por hora de clase dictada correspondiente a la categoría en que estuviera inscrito en el escalafón nacional. Luego del proceso de nacionalización ordenado por la ley 43 de 1975, el decreto 224 de 1977, adoptó un sistema gradual por anualidades para la eliminación de las diferencias en la remuneración del magisterio oficial a cargo de la Nación por concepto de asignación básica. El decreto 2277 de 1979 derogó el Decreto extraordinario 128 del 20 de enero de 1977, anterior estatuto docente.

⁶ Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales – art. 2º-.

⁷ Excepto el nivel superior que se rige por normas especiales.

⁸ El artículo 4º dispuso que a los educadores no oficiales les serían aplicables las normas de este Decreto sobre escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones.

⁹ Entre las exigencias se preveía ser Peritos o expertos en Educación, Técnicos o Tecnólogos en Educación con especialización en este nivel, Bachilleres Pedagógicos, Licenciados en Ciencias de la Educación con especialización o con postgrado en este nivel, personal escalafonado y experiencia docente.

Consulta. Radicación No. 1603

personal aprobadas por el Gobierno Nacional, llevó a las autoridades territoriales, especialmente las municipales, a adoptar soluciones para atender las necesidades de cobertura en materia de educación y, por ello, recurrieron a instrumentos como los contratos de prestación de servicios, la contratación de docentes externos, el pago de horas cátedra.¹⁰

El capítulo IV del decreto 2277 de 1979, se ocupó de la carrera docente y la definió como “el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector oficial, **garantiza la estabilidad de dichos educadores en el empleo**, les otorga el derecho a la profesionalización, actualización y capacitación permanente, establece el número de grados del Escalafón Docente y **regula las condiciones** de inscripción, ascenso y **permanencia** dentro del mismo, así como la promoción a los cargos directivos de carácter docente” - art. 26 -.

El artículo 27 contempló tres exigencias para ingresar a la carrera docente y gozar de los derechos y garantías de ella¹¹, a saber: (i) ser educador oficial inscrito en el escalafón docente; (ii) ser designado para un cargo docente en propiedad¹²; y, (iii) tomar posesión del mismo¹³.

El escalafón docente fue concebido como “el **sistema de clasificación** de los educadores de acuerdo con su preparación académica, experiencia docente y méritos reconocidos”, la inscripción en dicho escalafón habilitaba al educador para ejercer los cargos de la carrera docente – art. 8º -. Al efecto se dispuso que el Escalafón Nacional Docente para

¹⁰ “Los departamentos y los municipios iniciaron la práctica de contratar los servicios de los denominados “docentes temporales”, ante la imposibilidad de vincularlos oficialmente a las plantas de personal, pues variadas y sucesivas leyes prohibían crear con cargo a la Nación nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria. Entre las muchas disposiciones legales anteriores a la demandada, bastaría para efectos ilustrativos citar la contenida en el parágrafo 2o del artículo 54 de la Ley 24 de 1988, subrogada por el artículo 9 de la Ley 29 de 198”. Sent. C- 555/94.

¹¹ Dentro de las principales garantías se resalta la estabilidad y la permanencia, amparadas por los artículos 28, 31, 36 en estos términos: “Art. 28. El educador escalafonado al servicio oficial no podrá ser suspendido o destituido del cargo, sin antes haber sido suspendido o excluido del Escalafón. Ningún educador podrá ser aplazado, suspendido o excluido del Escalafón sino por ineficiencia profesional o mala conducta comprobadas, en los términos establecidos en el Capítulo V. Constituyen excepción a esta norma general los casos contemplados en los artículos 29 y 30 del presente estatuto (...) Artículo 31.- El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del Escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso.” El artículo 36 ib. resalta como derechos de los educadores al servicio oficial, entre otros: “(...) b). Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del Escalafón; c). Ascender dentro de la Carrera Docente; (...) h). Permanecer en el servicio y no ser desvinculado o sancionado, sino de acuerdo con las normas y procedimientos que se establecen en el presente Decreto”. Por su parte en materia de sanciones por mala conducta el artículo 49 dispuso, entre otras, la “2a. Suspensión en el Escalafón hasta por seis (6) meses que ocasiona la pérdida de los derechos y garantías de la Carrera Docente por el término de la suspensión y la pérdida del tiempo de suspensión para los efectos de ascenso en el Escalafón”. A su turno el artículo 52 dispuso que “El docente que haya sido excluido del Escalafón podrá obtener por una sola vez su reinscripción, solicitándola por escrito a la Junta Seccional que impuso la sanción. Dicha solicitud sólo podrá presentarla tres (3) años después de la exclusión, siempre y cuando el educador compruebe que han desaparecido las causas que la motivaron.”

¹² Ver artículos 34, 60, 69 ibídem.

¹³ Artículo 3º Ibídem : “**Educadores oficiales.** Los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial, que **una vez posesionados, quedan vinculados a la Administración por las normas previstas en este Decreto**”.

Consulta. Radicación No. 1603

la clasificación de los educadores estaría constituido por catorce grados en orden ascendente, del 1 al 14 – art. 9º - ¹⁴. El artículo 19 atribuyó a las Juntas Seccionales de Escalafón el estudio, tramitación y resolución de las solicitudes de inscripción, ascenso y reinscripción en el Escalafón. El artículo 21 dispuso que la clasificación en el Escalafón surtía efectos fiscales a partir de la fecha de la resolución que la determine, y en todo caso, a partir del vencimiento del plazo fijado en este artículo. El tiempo de servicio para el nuevo ascenso se contaría a partir de la fecha en que se hubieren cumplido todos los requisitos para el ascenso inmediatamente anterior ¹⁵.

Además cabe destacar que como consecuencia del nuevo régimen, era necesario adoptar medidas relacionadas con el personal que venía vinculado, por lo cual se ideó el mecanismo de la asimilación de docentes al nuevo escalafón – art. 71 – y se crearon reglas especiales que amparaban a educadores que carecían de los títulos exigidos en la nueva reglamentación, validándose la experiencia –art. 77 a 81 ¹⁶–.

De esta manera, es preciso destacar varios puntos determinantes a la hora de resolver la Consulta: (i) el decreto 2277 estableció un **régimen especial** para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro ¹⁷ de las personas que desempeñan la profesión docente; (ii) para ingresar a la carrera docente y gozar de los derechos y garantías de ella – primordialmente de la estabilidad y permanencia en el empleo -, solamente debían acreditarse las tres exigencias señaladas: inscripción en el escalafón, nombramiento en propiedad y posesión (en el sistema de contratación este

¹⁴ En materia de reglas especiales para el ascenso se contempló en el artículo 11 que “Los años de servicio para el ascenso en el Escalafón podrán ser continuos o discontinuos y laborados en establecimientos educativos oficiales o no oficiales aprobados por el Ministerio de Educación Nacional.

¹⁵ En relación con cargos directivos dispuso el decreto : “Artículo 32. Carácter docente. Tienen carácter docente y en consecuencia deben ser provistos con educadores escalafonados, los cargos directivos que se señalan a continuación o los que tengan funciones equivalentes: a). Director de escuela o concentración escolar; b). Coordinador o prefecto de establecimiento; c). Rector de plantel de enseñanza básica secundaria o media; d). Jefe o Director de núcleo educativo o de agrupación de establecimientos; e). Supervisor o inspector de educación; Artículo 33. Requisitos. Según la naturaleza y características especiales de los cargos de que trata el artículo anterior, el Gobierno nacional determinará la forma de selección y la exigibilidad de los siguientes requisitos para el desempeño de cada uno de ellos. a). Clase de título docente, según el nivel educativo; b). Grado en el Escalafón, según el nivel educativo; c), Experiencia docente general mínima, y d), Experiencia o capacitación específica mínima – ver sentencia C-673/01 -. Artículo 34. Nombramiento en cargos directivos. La designación en propiedad para el desempeño de los cargos directivos oficiales de que trata el artículo 32 se considera ascenso dentro de la Carrera Docente. Sin embargo, los titulares de los cargos señalados en los literales c), d) y e) del mismo artículo, estarán sometidos a evaluaciones periódicas sobre el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, de conformidad con las reglamentaciones que al efecto expida el Gobierno nacional. Si el resultado de la evaluación fuere negativo, el funcionario regresará al cargo docente anterior y devengará la remuneración que corresponda a dicho cargo”

¹⁶ Por ejemplo, artículo 75: “Los educadores de enseñanza primaria al servicio oficial que acrediten doce (12) años de experiencia docente y que no posean los requisitos académicos exigidos por la legislación anterior al Decreto 128 del 20 de enero de 1977 para la inscripción en el Escalafón, se asimilarán al grado transitorio A del nuevo Escalafón docente y podrán ascender al grado transitorio B, cuando acrediten cinco (5) años de servicio en el grado A, y un curso de capacitación.”

¹⁷ En punto al retiro del servicio el artículo 68 preceptuó: “El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de las funciones del docente y se produce por renuncia, por invalidez absoluta, por edad, por destitución o por insubsistencia del nombramiento, cuando se trate de personal sin escalafón o del caso previsto en el artículo 7º de este Decreto. La supresión de la carga académica asignada al docente no implica su retiro del servicio ni la suspensión del pago de su remuneración, mientras se le asignen nuevas funciones. “

Consulta. Radicación No. 1603

paso no tiene aplicación); (iii) por tanto el sistema de selección mediante concurso fue ajeno en un principio a la carrera docente; (iv) el tipo de nombramiento que procedía era en propiedad y era parcialmente discrecional acreditando el escalafonamiento; en la carrera docente no existía el nombramiento en provisionalidad (el que como se sabe, en la carrera general se estableció para proveer transitoriamente empleos vacantes de carrera contemplados en las plantas, con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito)¹⁸; (v) entre las exigencias para ser docente se preveía alternativamente ser perito o experto en educación, Técnico o Tecnólogo en Educación con especialización en este nivel, Bachiller Pedagógico, Licenciado en Ciencias de la Educación con especialización o con postgrado en este nivel, personal escalafonado, o experiencia docente. Por tanto, para ingresar al servicio educativo estatal no se requería necesariamente poseer título de licenciado o de profesional expedido por una institución de educación superior debidamente reconocida por el Estado o título de normalista superior; (vi) para estar en carrera docente era menester desempeñar un cargo¹⁹. De esta manera quien tiene un contrato u orden de prestación de servicios no desempeña un cargo – no toman posesión del mismo - y, por ende, respecto de él no puede predicarse inscripción en la respectiva carrera (vii); el simple escalafonamiento – al que por virtud del artículo 4º podían acceder también los educadores no oficiales – no generaba derechos de carrera docente.

2. Segunda etapa. La ley 29 de 1989 y el decreto 1706 del mismo año

2.1. Ley 29 de 1989.- El artículo 54 de la ley 24 de 1988, subrogado por el artículo 9º de la ley 29 de 1989, asignó al Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá y a los Alcaldes Municipales, las funciones de nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general, administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos nacionales y nacionalizados, plazas oficiales de Colegios cooperativos, privados, jornadas adicionales, **teniendo en cuenta las normas del Estatuto Docente y la Carrera Administrativa vigente y las que expidieran** en adelante el Congreso y el **Gobierno Nacional**, ajustándose a los cargos **vacantes de las plantas de personal** que aprobara el Gobierno Nacional y las disponibilidades presupuestales correspondientes; el párrafo 2º precisó que la Nación no asumía responsabilidad alguna por los nombramientos que **excedieran las plantas de personal** aprobadas por el Gobierno Nacional para la respectiva jurisdicción municipal y para la jurisdicción de la Isla de San Andrés, ni nacionalizaría el personal así vinculado.

2.2. Decreto 1706 de 1989 ²⁰.- Diez años más tarde de expedido el Estatuto Docente, el decreto 1706 de 1989, reglamentó los artículos 9º, 10 y 18 de la ley 29 del mismo año ²¹.

¹⁸ Artículo 8º ley 443 de 1998.

¹⁹ Decreto 2277 de 1979, artículos 8º, 26, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 47, 49, 53, 60 y 69. En sentencia C-793 de 2002, se precisan como característica de un empleo: No hay empleo público sin funciones; la titularidad de un empleo público otorga autoridad al titular para cumplir las funciones asignadas a aquel; el empleo público tiene asignada la remuneración que percibe su titular; hace parte de una planta de personal; debe clasificarse en una de las categorías que establece el artículo 125 de la Constitución; debe contener los requisitos mínimos que debe cumplir la persona con quien vaya a proveerse.

²⁰ Según la información de la relatoría de esta Corporación no se encontraron sentencias en relación con el artículo 14 decreto 1706/89.

²¹ Dentro de las consideraciones de este decreto se expuso: “Que el Congreso de la República, mediante el artículo 9 de la Ley 29 de 1989, modificó el artículo 54 la Ley 24 de 1988, asignándole al Alcalde Mayor de Bogotá, D.E., a los demás alcaldes del país y al Intendente de la Isla de San Andrés, las funciones de

Consulta. Radicación No. 1603

El artículo 8° dispuso que los nombramientos del personal docente nacional y nacionalizado se someterían al cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 5° del Decreto extraordinario 2277 de 1979 y normas reglamentarias, así como en disposiciones especiales para los requisitos de los directivos docentes. Los nombramientos del personal administrativo de los institutos docentes nacionales y nacionalizados se regirían por las disposiciones que regulan la Carrera Administrativa de los empleados nacionales²². El párrafo 1° reiteró el mandato del artículo 6° del decreto 2277 en el sentido de que la provisión de los cargos docentes, directivos docentes y administrativos vacantes se sujetaría estrictamente a las plantas de personal aprobadas por el Gobierno Nacional²³.

En cuanto al procedimiento para los nombramientos, el artículo 10° contempló que el Jefe de la Oficina Seccional de Escalafón certificaría con destino al Alcalde nominador y por solicitud de éste, que el educador que pretendía nombrar reunía los requisitos legales para desempeñar el cargo y que contra él no cursaba proceso disciplinario, ni estaba pendiente sanción disciplinaria alguna; el Delegado Permanente del Ministerio de Educación Nacional ante el Fondo Educativo Regional, certificaría sobre la

nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general, administrar el personal docente y administrativo de los institutos educativos nacionales y nacionalizados, plazas oficiales de colegios cooperativos, privados y jornadas adicionales. Que mediante el artículo 10 de la mencionada ley, se asigna temporalmente a los Gobernadores, Intendencias y Comisarios, las atribuciones establecidas en el considerando anterior, cuando financiera y/o administrativamente el municipio no pueda asumir tal responsabilidad. Que el nombramiento, remoción, control y administración en general del personal administrativo, nacional y nacionalizado, de los equipos de educación fundamental, son funciones de los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y del Alcalde Mayor de Bogotá D. E. Que según esa norma, las facultades asignadas deben ejercerse teniendo en cuenta el Estatuto Docente y la Carrera Administrativa, vigentes. Que en consecuencia, se requiere desarrollar una reglamentación que se adecue a la administración comprometidos en la prestación del servicio educativo, con el fin de racionalizarlos y asegura su correcta aplicación.”

²² En este caso, procedería la designación en provisionalidad, con las consecuencias y efectos previstos para tal carrera.

²³ “**Artículo 23°.-** Distribución de plantas. Una vez adoptadas y consolidadas las plantas de personal docente y administrativo, nacional y nacionalizado, el Ministerio de Educación Nacional y las Juntas Administradoras de los Fondos Educativos Regionales, previo estudio de necesidades, mediante resoluciones y acuerdos, respectivamente, harán entrega de las plantas de personal, discriminadas por municipios, a cada una de estas entidades territoriales y/o a los departamentos, intendencias, comisarías y el Distrito Especial de Bogotá. **Parágrafo.-** El Ministerio de Educación Nacional señalará los criterios y procedimientos para la asignación de las plantas de personal, así como para la entrega de la administración de la infraestructura física y dotación de los institutos docentes. También establecerá los criterios específicos para la racionalización de las plantas docentes nacionales de los colegios cooperativos y jornadas adicionales. **Artículo 24°.-** Registro de plantas. En los Fondos Educativos Regionales y en las Secretarías de Educación Departamentales, Intendenciales, Comisariales y del Distrito Especial de Bogotá, se llevará un registro actualizado de las plantas y novedades del personal docente y administrativo de los institutos docentes nacionales y nacionalizados, así como de las plazas oficiales de colegios cooperativos privados, jornadas adicionales y personal nacional y nacionalizado de los equipos de educación fundamental de la respectiva entidad territorial. **Artículo 25°.-** Modificación de Plantas. El Gobierno Nacional podrá modificar las plantas de personal asignadas a las entidades territoriales, decretando la apertura, cierre o traslado de cargos docentes y administrativos entre diferentes entidades territoriales, de acuerdo con los resultados del estudio de necesidades que elabore la División de Planta Docente y Ubicación Regional de Cargos del Ministerio de Educación Nacional. La modificación de las plantas docentes y administrativas nacionalizadas, por apertura, cierre o traslado de cargos entre municipios de una misma entidad territorial, corresponderá a la Junta Administrativa del FER con la aprobación del Gobierno Nacional, con base en las recomendaciones de la División de Planta Docente y Ubicación Regional de Cargos del Ministerio de Educación Nacional. - Ver decreto 1140 de 1995 -

Consulta. Radicación No. 1603

disponibilidad presupuestal y la vacancia definitiva del cargo, así como el cumplimiento del orden de preferencia para la provisión de cargos de que trataba el Decreto; el Delegado Permanente del Ministerio de Educación Nacional ante el Fondo Educativo Regional, también certificaría sobre la disponibilidad presupuestal y la vacancia definitiva del cargo en el caso de los nombramientos del personal administrativo, de los institutos docentes nacionales y nacionalizados y de los equipos de educación fundamental. Los nombramientos y traslados del personal docentes, cuya nominación y administración se descentraliza, se harían por decreto, acto que debería incluir en la parte considerativa, la expresa mención de las certificaciones mencionadas – art.12 -. El Ministerio de Educación Nacional, mediante resolución, debería adoptar los modelos de formatos a utilizar para nombramientos, remociones, traslados y otras situaciones administrativas de los docentes y administrativos consagrados en el Estatuto Docente y demás normas aplicables – art. 13 -.

En armonía con lo dispuesto en los artículos 5º, 6º y 7º del decreto 2277 de 1979 y 9º de la ley 29 de 1989, el artículo 27 del decreto 1706, precisó que los nombramientos y demás novedades que se produjeran por fuera de la respectiva planta de personal o contraviniendo las normas del Estatuto Docente y de la Carrera Administrativa y la disponibilidad presupuestal correspondiente, serían de exclusiva responsabilidad del municipio o entidad territorial que los hiciera, y cuyas las cargas civiles, administrativas y laborales que de tales actuaciones se desprendan. El funcionario que produjere el nombramiento o la novedad del personal, incurriría en causal de mala conducta y respondería solidariamente con la entidad que dicho funcionario representara. Tal situación incentivó más la celebración de órdenes de prestación de servicios con el fin de garantizar el derecho a la educación con una mayor cobertura.

De tal normatividad vale la pena destacar el artículo 14 que estableció un condicionamiento no previsto en el decreto 2277 en el sentido de señalar que **los nombramientos** del personal docente y directivo docente, nacional y nacionalizado, **se harían por concurso** convocado y realizado de acuerdo con la reglamentación que expidiera el Ministerio de Educación Nacional ²⁴, quedando exceptuados del mismo, únicamente, los educadores que debían ser reintegrados por orden de esta jurisdicción, **la provisión de los cargos docentes y directivos docentes de la educación contratada**, los demás nombramientos docentes sometidos a reglas especiales en virtud de contratos o convenios y los nombramientos para las comunidades indígenas – art. 15 -.

El artículo 16 previó que el alcalde nominador podría proveer vacantes sin concurso, de acuerdo con los requisitos exigidos en el Estatuto Docente, cuando en una entidad territorial no se presentaren docentes para participar en él, o se hubiere agotado la lista de elegibles²⁵.

²⁴ Según Oficio 2004EE28855 de la Secretaria General del Ministerio de Educación Nacional en desarrollo de estas normas el Ministerio de Educación Nacional expidió la Resolución 20974 de 1989. Mediante la misma se reglamentó el decreto 1706 de 1989 en lo referente a concursos para nombramientos y ascensos dentro de la carrera docente en los cargos docentes nacionales y nacionalizados.

²⁵ “Parágrafo. En las ciudades capitales de las distintas entidades territoriales se podrá convocar a concurso extraordinario cuando se haya agotado la lista de elegibles y/o no haya elegibles en las áreas de los cargos docentes vacantes, convocatoria que deberá hacerse de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de Educación Nacional”. El artículo 17 reguló un orden de preferencia para nombramientos: reintegro por fallo proferido por autoridad jurisdiccional, reubicación del personal docente, “provisión de las vacantes disponibles, una vez cumplidas las anteriores etapas con los aspirantes

Consulta. Radicación No. 1603

Respecto de las anteriores disposiciones deben hacerse las siguientes advertencias:

(i) El decreto 1706 fue dictado para reglamentar los artículos 9°, 10 y 18 de la ley 29 de 1989 en desarrollo de las facultades conferidas al Presidente en los numerales 3° y 12 del artículo 120 de la Constitución de 1886.

(ii) Tal decreto dispuso que los nombramientos del personal referido se haría por concurso y estableció excepciones a esta regla, a pesar de que la ley 29 se remitía en el artículo 9° para la administración del personal docente y administrativo, sólo al Estatuto Docente que no preveía el sistema de concurso para la provisión de cargos docentes, y a la Carrera Administrativa que regulaba sólo el ingreso del personal administrativo a la misma.

(iii) El artículo 62 de la Carta del 86 estatúa que “El Presidente de la República, los gobernadores, los alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla **sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público**, de ascensos por mérito y antigüedad y de jubilación, retiro o despido” – Plebiscito de 1957, art.5° -. Esta disposición reservaba a la ley el proceso de acceso a la función pública.

(iv) Así las cosas, se desprende un interrogante acerca de la constitucionalidad del decreto 1706 por cuanto sus disposiciones pudieron desbordar los alcances de la potestad reglamentaria y disponer sobre materias del exclusivo resorte del Congreso.

Independientemente de la conclusión a la que se llegue, debe resaltarse que las normas del decreto 1706 pudieron haber producido efectos y con fundamento en ellas haberse adelantado concursos que culminaron con nombramientos en propiedad y el consiguiente ingreso a la carrera docente, caso en el cual la Sala considera que como la norma no fue anulada, ellos deben reputarse válidos en aplicación de los principios de buena fe y de seguridad jurídica que amparan las situaciones jurídicas particulares y concretas creadas²⁶.

(v) El decreto 1706 exceptuó del concurso a las personas y situaciones enumeradas en los artículos 15 y 16, lo cual analizado desde la perspectiva del artículo 62 de la Constitución de 1886 no ofrece reparo, por cuanto no era obligatorio el concurso. Sin embargo, la incompetencia anotada se mantendría en la medida de que era el legislador quien debía disponer sobre la materia.

A la luz de la Carta de 1991, tales disposiciones devendrían, en principio, inconstitucionales dado que a términos del artículo 125 el concurso es la regla general de

incluidos en la lista de elegibles en estricto orden descendente de puntaje y en los niveles y áreas correspondientes. Parágrafo.- Si el docente elegible no acepta el cargo que se le ofrece, automáticamente queda excluido de la lista de elegibles.”

²⁶ Que tuvieron que haberse convocado concursos lo ratifica el art. 218 de la ley 115 de 1994, que dispuso dar prioridad a las listas de elegibles de los concursos realizados por el ICFES y que no hubieran sido incorporados a las plantas de personal docente.

Consulta. Radicación No. 1603

acceso a la función pública²⁷. No obstante, es posible que algunas de las excepciones allí previstas, puedan tener justificación en los términos de la doctrina constitucional que más adelante se citará.

Los nombramientos producidos con fundamento en los artículo 15 y 16 deben considerarse hechos en propiedad, pues las normas que se aplicaron para la época no hacían distinción alguna y la potestad nominadora no acusa restricción al respecto, condiciones que habilitaban para ingresar a la carrera docente, trámite que cumplido desemboca en la estabilidad propia de este sistema, como consecuencia de la inscripción en carrera²⁸. Además, la intención declarada del legislador de respetar los derechos de quienes concursaron al disponer el artículo 218 de la ley 115 que las listas de elegibles conformadas con ocasión de los concursos realizados con anterioridad a su vigencia tienen prioridad para el nombramiento de docentes y directivos docentes en el nuevo régimen.

(vi) En el sistema general de carrera vigente a la sazón – decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 y ley 61 de 1987 – se contemplaba un nombramiento provisional, con una duración máxima cuatro (4) meses. Sin adentrarse en la discusión acerca del posible desbordamiento de la potestad reglamentaria al exigir el decreto 1706 la convocatoria de concursos, art. 62 C. P. de 1886 uno de los puntos a resolver consiste en determinar si era dable aplicar a la carrera docente las disposiciones para nombramientos provisionales previstas en la preceptiva jurídica que regulaba la carrera administrativa general. La Sala considera que estando frente a un régimen especial de carrera, con una regulación específica prevista en el Estatuto Docente – decreto 2277 - que establecía condiciones de ingreso sin concurso, ni provisionalidades – las que tampoco contempló el decreto 1706 -, no resultaba pertinente aplicar las normas para provisión transitoria de empleos previstas en la carrera administrativa general, pues se estarían excediendo los parámetros previstos en aquél y, en principio, debería existir, por lo menos, una norma de remisión que permitiera la aplicación supletoria de las normas generales, en tanto el nombramiento provisional toca con el ejercicio de competencias nominadoras, asunto reservado al legislador originariamente.

²⁷ Como se verá la Corte Constitucional en sentencia C- 045/98 consideró que no hay vinculación automática – sin perjuicio de la que conforme a la ley sea justificada - a la carrera de quienes tenían suscrito contratos de prestación de servicios

²⁸ **Sent. T- 1241/01:** “En los concursos en los cuales, para la fecha de ejecutoria de la sentencia C-372 de 1999, existían calificaciones en firme, existe un derecho cierto y exigible, cuya efectividad exige de las autoridades competentes que iniciaron tal proceso de selección, la adopción de los actos administrativos necesarios que garanticen su goce. Este consiste en que quienes culminaron con éxito el proceso de selección tienen derecho a ser nombrados, según el orden descendente de las calificaciones obtenidas en el respectivo concurso de méritos. (...) Aún en el evento en que se considerara que no existe un derecho subjetivo, en sentido estricto a ser nombrado, la Corte estima que a la luz del principio de buena fe, existe una confianza legítima en que un interés, también legítimo, sea protegido, ya que coincide con el interés público en que a los cargos de la administración estatal accedan los ciudadanos que tengan los méritos suficientes, en aplicación del régimen general de carrera establecido en la Constitución. La Corte advierte que quien ha participado en un concurso y ha completado todos los procedimientos y obtenido una calificación que se encuentra en firme, tiene un interés legítimo en que se agoten las etapas restantes del proceso que resultan necesarias para garantizar la protección de dicho interés y confía legítimamente en que la administración adoptará los pasos conducentes a hacer que el concurso concluya efectivamente.” Esta argumentación cobra mayor relevancia en el caso de haberse inscrito en carrera luego de culminado el proceso de selección.

Consulta. Radicación No. 1603

(vii) De esta manera, si llegaron a efectuarse nombramientos en provisionalidad sin que se hubiere cumplido el proceso de concurso, los mismos podrían cuestionarse como irregulares y, si pervivieron, por el simple transcurso del tiempo no habilitan para estructurar un ingreso automático a la carrera docente.²⁹

(viii) Las consecuencias que puedan derivarse de vinculaciones no ajustadas, eventualmente, al ordenamiento legal, no es asunto que deba definir esta Sala³⁰.

En resumen, durante esta segunda etapa la situación de la carrera docente refleja las siguientes características: (i) se establece que el nombramiento del personal docente y directivo docente, nacional y nacionalizado, **se haría por concurso** convocado y realizado de acuerdo con la reglamentación que expidiera el Ministerio de Educación Nacional, condicionamiento, se reitera, que no estaba previsto en el decreto 2277; (ii) el alcalde nominador podría proveer vacantes sin concurso, de acuerdo con los requisitos exigidos en el Estatuto Docente, cuando en una entidad territorial no se presentaran docentes para participar en él, o se hubiere agotado la lista de elegibles; (iii) los alcances de los nombramientos hechos con fundamento en las normas del decreto 1706 ya fueron analizados (iv) tal situación pudo generar los diversos tratamientos frente a los casos concretos comentados; (v) se afianzó más la prohibición de producir nombramientos por fuera de la respectiva planta de personal, hecho que estimuló acudir al expediente de los contratos de prestación de servicios, con el ánimo de asegurar una mayor cobertura en la educación, para cumplir mandatos constitucionales, pues, la congelación de plantas no dejó otra alternativa diferente a la contractual para atender las necesidades del servicio; (vi) a las exigencias previstas en el artículo 27 del estatuto docente para ingresar a la carrera docente y gozar de los derechos y garantías que devienen del ingreso a ella - inscripción en el escalafón docente, designación en propiedad para un cargo docente y posesión del mismo -, se agregó el concurso previsto en el decreto 1706 - con las advertencias mencionadas -.

²⁹ El legislador previó de modo expreso respecto de las personas vinculadas a entidades que se liquiden conforme al artículo 16 de la ley 10 de 1990: “Artículo 17. (...) Cuando se trate de empleados de carrera administrativa, o que **hayan desempeñado cargos de carrera, sin pertenecer a ella**, se les reconocerá continuidad en la carrera o **el derecho de ingresar a ella**, respectivamente”, situación que no acontece en el caso bajo estudio. La Corte Constitucional en sentencia C- 1146/01 se declaró inhibida para conocer de la demanda contra la locución resaltada por considerarla derogada.

³⁰ El legislador en el parágrafo 1º del artículo 105 de la ley 115 - derogado por el artículo 113 de la ley 715 - señaló que “Al personal actualmente vinculado se le respetará la estabilidad laboral”. De tal norma pueden surgir diversas interpretaciones, una de ellas, que la estabilidad para quienes estuvieren ejerciendo la docencia en provisionalidad se traduciría en inamovilidad, es decir, se asimilarían sus efectos a la protección dispensada a quienes ingresaron a la carrera docente. Al respecto, debe recordarse que es al sistema de carrera al que se atribuye la garantía de estabilidad, por cuanto se funda en el mérito y en la igualdad de oportunidades en el acceso, conforme a la Constitución. En este orden de ideas, la libertad de configuración del legislador no se extiende hasta la posibilidad de ordenar incorporaciones automáticas a carrera, obviando de tajo los procedimientos de selección, por lo que una norma en tal sentido devendría inconstitucional, tal como se precisará con la jurisprudencia constitucional pertinente y hecha salvedad de las excepciones que justificadamente consagre el legislador, como se verá. Como consecuencia de la apreciación anterior, puede considerarse que la expresión vinculación, utilizada por el legislador de manera genérica para referirse indistintamente a toda prestación de servicios al Estado - en propiedad, en provisionalidad, por contrato - no puede entenderse referida sino a quienes conforme a la Carta gozan de estabilidad y por consiguiente la norma produciría efectos sólo respecto de quienes alcanzaron la protección debida: los que ingresaron a la carrera.

3. Tercera etapa. La ley 60 de 1993

La ley 60 de 1993, contentiva de normas orgánicas sobre competencias, distribuyó recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política. Respecto de la administración de personal docente el artículo 6^o³¹ precisó, entre otras cosas, que: (i) correspondía a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales ³²; (ii) reiteró que ningún departamento, distrito o municipio podría vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adoptara ³³; (iii) reafirma que todo nombramiento o vinculación que no llenara tales requisitos era reputado ilegal y constituía causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecutara; (iv) reitera que los docentes de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial; (v) atribuye al CONPES la facultad de establecer los parámetros de eficiencia técnica y administrativa que podrían considerarse para la expansión de las plantas de personal, y los sistemas de control de gestión por parte de las entidades territoriales, sin perjuicio de su autonomía que al respecto consagra la Constitución Política; (vi) obliga a la Nación, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional, a establecer y llevar el registro único nacional de todos los docentes vinculados a los servicios educativos

³¹ Reglamentado por el decreto 196 de 1995.

³² Según el artículo 3^o ibídem corresponde a los departamentos “5. A (...)administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media. - Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes (...) La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y **la planta de personal tendrán carácter departamental**, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6o de la presente Ley”. Por su parte, el artículo 4^o ib. señaló que corresponde a los distritos “(...) Incorporar a las estructuras y a las plantas distritales las Oficinas de Escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes (...) La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los distritos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter distrital”.

³³ A este respecto el artículo 16 ib. dispuso: “Las plantas de personal docente de los servicios educativos estatales a cargo del situado fiscal y a **cargo de los recursos propios del municipio** serán administradas por el municipio de conformidad con el artículo 6o de la presente ley y de las disposiciones legales sobre la materia (...) 3o. La planta de personal a cargo de los recursos propios de los municipios no podrá ampliarse sin la asignación presupuestal correspondiente que asegure la financiación para la vigencia fiscal corriente y para las vigencias fiscales futuras de los costos administrativos salariales y prestacionales que ello implique. 5o. Los municipios (...) que comprueben que cumplen los planes de incorporación de los maestros por contrato que llenen los requisitos de la carrera docente, podrán solicitar al departamento, la facultad para nombrar a los empleados docentes y administrativos de los establecimientos educativos estatales que laboren en el municipio, previo cumplimiento de los requisitos legales para su nombramiento. (...) 6o. Con destino al pago de la planta de personal de los servicios educativos estatales a cargo de los recursos propios, los municipios establecerán una cuenta especial o podrán hacer convenios con los fondos educativos regionales para el manejo de los recursos correspondientes. 7o. A solicitud de los concejos de los municipios que tengan población igual o superior a 100.000 habitantes según el censo nacional de 1985 y con la aprobación del Ministerio de Educación Nacional podrán las asambleas otorgar a estos municipios autonomía para la prestación del servicio de educación y la asunción de las obligaciones correspondientes en las mismas condiciones de los distritos.”

Consulta. Radicación No. 1603

estatales. “Este registro se organizará con el fin de tener un sistema integrado de información que, entre otros, permita gestionar los traslados de docentes entre entidades territoriales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2127 de 1992” - párrafo segundo - ³⁴.

Especial comentario requiere el párrafo 1° del artículo 6° de la ley 60 de 1993 en estudio - declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-555 de 1994 - mediante el cual el legislador ordenó la incorporación gradual a las plantas de personal de los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993 que llenaran los requisitos de la carrera docente. Dispuso el párrafo:

“Los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993 que llenen los requisitos de la carrera docente, serán incorporados a las plantas de personal de los departamentos o de los distritos en donde vienen prestando sus servicios, previo estudio de necesidades y ampliación de la planta de personal. La vinculación de los docentes temporales será gradual, pero deberá efectuarse de conformidad con un plan de incorporación que será proporcional al incremento anual del situado fiscal y con recursos propios de las entidades territoriales y en un término no mayor a los seis años contados a partir de la publicación de la presente ley.”

Más adelante, según se precisará, el párrafo tercero del artículo 105 de la ley 115 de 1994- subrogado por el artículo 129 del decreto 2150 de 1995 ³⁵-, señaló que “A los docentes vinculados por contrato contemplados en el párrafo primero del artículo 6° de la ley 60 de 1993 se les seguirá contratando sucesivamente para el período académico siguiente, hasta cuando puedan ser vinculados a la planta de personal docente territorial.”

Además, el párrafo tercero del artículo 105 de la ley 115 de 1994 también fue declarado inexecutable. En la sentencia se precisó el sentido y alcance de las normas, la situación que acontecía, la connotación laboral de la actividad desplegada por los docentes temporales, y se resaltó cómo mientras estos realizaban las mismas actividades y funciones de los de planta, su situación era más desfavorable. Por ello, en desarrollo del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación laboral – art. 53–, reconoció la naturaleza laboral de la actividad que desempeñan los docentes temporales y dispuso su consecuente protección, sin descartar que la razón de ser de esas vinculaciones obedeció, además del menor costo económico que representaban - principalmente causado por la falta de reconocimiento de prestaciones sociales –, al hecho innegable que ellas favorecían a la población potencial con necesidades educativas insatisfechas y, también, en cierta medida, a los educadores potenciales que requerían trabajar, posibilitando la conservación o ampliación de la cobertura existente. Para la Corte, el legislador carece de libertad frente a la realidad del trabajo subordinado y no puede desconocer su

³⁴ Ver sentencia C- 600A de 1995.

³⁵ Declarado inexecutable mediante sentencia C-562 de 1996

Consulta. Radicación No. 1603

existencia y despojarla de las consecuencias y garantías que le son inherentes so pretexto de servir al interés general. Así, el criterio del menor costo económico, no puede erigirse un tratamiento jurídico diferenciado para los dos grupos de docentes.

La Corte destaca que “Las formas sustanciales de derecho público, se ha concluido, no pueden ser desechadas por el Juez que pretende aplicar el principio de primacía de la relación laboral”. Aclara que (i) “(...) la inexequibilidad derivaría de la conducta omisiva del Legislador que propicia la desigualdad de trato y que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo.” ; (ii) “el ejercicio permanente de una función pública, como ocurre con los " docentes temporales ", no sólo se revela en el afán del legislador de regularizar su situación en un término de seis años mediante su incorporación a la planta de personal, sino que, constitucionalmente, exige que sea la ley - que no el contrato - la que determine y regule su régimen, funciones y responsabilidades (CP art. 123).” (iii) por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, lo que consulta la eficiencia y la estabilidad propias de la función pública (CP art. 125). “Por lo visto, los requerimientos institucionales inmanentes a la función pública, no confieren una dilatada libertad al legislador para otorgar a una misma función pública permanente, un tratamiento que se traduzca en condiciones abiertamente dispares en lo que atañe al ingreso y régimen que la gobierna. Pero, si ello fuera así, la discrecionalidad no podría ejercitarse con menoscabo de la Constitución. El ejercicio de cualquier competencia discrecional que degenera en tratamientos discriminatorios (CP art. 13), frente a sujetos que se encuentren colocados en una misma situación, se torna arbitraria y pierde sustento constitucional. Por estas razones, no puede fundarse en la mera discrecionalidad la diferenciación de supuestos que, descontada ésta, comparten una misma naturaleza y características” .³⁶

Resalta también que “la previsión de un régimen transitorio de seis años, significa, entre otras cosas, que dentro de ese marco temporal, se le otorga permanencia a la contratación administrativa de docentes. La vocación misma que adquieren los docentes temporales a ser incorporados progresivamente a la planta de personal, les infunde un sentido de permanencia que difícilmente les puede ser negada, pues, de ella depende que la ley cumpla con su designio que no es otro que el de integrarlos en la mencionada planta de personal dentro del indicado lapso, todo lo cual, de paso, demuestra fehacientemente tanto la permanencia de los encargos asignados a aquéllos como la semejanza material de su actividad respecto a la que desempeñan los demás maestros y profesores”. Para el legislador no existe duda sobre el carácter permanente de los docentes-contratistas. No obstante “pese a que la transitoriedad se estime como una forma legítima para reducir la desigualdad, dentro de la misión promocional que a este respecto le corresponde realizar al Estado según lo indicado en el inciso segundo (2°) del artículo 13 de la C. P., la inexequibilidad se impone, pues este precepto se refiere a las desigualdades materiales existentes en la sociedad y no aquellas que la misma ley establece, genera y suscita, las cuales se prohíben en la Carta al prescribir: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley". (Art. 13 de la C. P.)³⁷.

³⁶ En sentencia IJ- 0039/03 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo varió la jurisprudencia sentada por la Sección Segunda en relación con el contrato realidad.

³⁷ En la misma sentencia C-555 de 1994, en relación con el parágrafo del artículo 105 de la ley 115 de 1994 la Corte Constitucional, se remitió a las razones expuestas al analizar el cargo contra el parágrafo del artículo 6° de la ley 60 de 1993, para declarar su inexequibilidad.

Consulta. Radicación No. 1603

Sin embargo, la Corte enfatiza que en virtud del principio consagrado en el artículo 53, no puede en ningún caso conferirse el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario a quien tiene una relación contractual. “El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal. El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público.”

Estas últimas consideraciones reafirman, como se verá, que los artículos 34 y 38 de la ley 715 de 2001 al ordenar que quienes vinieran vinculados con ordenes de prestación de servicios fueran incorporados a las nuevas plantas de personal y nombrados provisionalmente, no autorizaron un ingreso automático a la carrera docente.

4. Cuarta etapa. Ley 115 de 1994.

4.1. Generalidades.

La ley 115 de 1994 – ley general de la educación -, resalta que: la educación es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes - art. 1º. -; el servicio educativo será prestado en las instituciones educativas del Estado e igualmente los particulares podrán fundar establecimientos educativos en las condiciones que para su creación y gestión establezcan las normas pertinentes y la reglamentación del Gobierno Nacional – art. 3º. -; corresponde al Estado, a la sociedad y a la familia velar por la calidad de la educación y promover el acceso al servicio público educativo, y es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, garantizar su cubrimiento, debiendo el Estado velar por la promoción docente – art. 4º -; el educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, acorde con las expectativas sociales, culturales, éticas y morales de la familia y la sociedad – art. 104 -.

Además, el párrafo 1º del artículo 105 - igualmente derogado por el artículo 113 de la ley 715 - dispuso que “Al personal actualmente vinculado se le respetará la estabilidad laboral y en el caso de bachilleres no escalafonados, tendrán derechos a incorporarse al Escalafón Nacional Docente siempre y cuando llenen los requisitos respectivos, en un plazo no mayor de dos (2) años. Si transcurrido este plazo no se han escalafonado, serán desvinculados del servicio educativo, salvo los bachilleres que se encuentren prestando

Consulta. Radicación No. 1603

sus servicios docentes en zonas de difícil acceso y en proceso de profesionalización comprobado, en cuyo caso contarán con dos años adicionales para tal efecto.”³⁸

El párrafo segundo del artículo 105 reitera que los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial; el párrafo tercero³⁹ - declarado inexecutable por la sentencia C-555 de 1994, atrás aludida - disponía que “A los docentes vinculados por contrato contemplados en el párrafo primero del artículo 6º de la ley 60 de 1993 se les seguirá contratando sucesivamente para el período académico siguiente, hasta cuando puedan ser vinculados a la planta de personal docente territorial.”; el artículo 106 consagra que los actos administrativos de nombramientos, traslados, permutas y demás novedades del personal docente y administrativo de la educación estatal se harían por los gobernadores y por los alcaldes de los distritos o municipios que estén administrando la educación conforme a lo establecido en la ley 60 de 1993 y que todo nombramiento debería ajustarse a los plazos y procedimientos legales y a la disponibilidad presupuestal. Por su parte, el párrafo de esta norma aclara que los alcaldes municipales podían nombrar educadores con cargo a los recursos propios del municipio, cumpliendo los requisitos exigidos por la ley.

El artículo 107 reiteró lo contemplado en los artículos 5º, 6º y 7º del decreto 2277 de 1979, 27 del decreto 1706 de 1989 y 6º de la ley 60 de 1993, en el sentido de considerar ilegales los nombramientos o vinculaciones de personal docente o administrativo que se hiciera por fuera de la planta aprobada por las entidades territoriales o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 105 de tal ley. Al respecto aclara que “los nombramientos ilegales no producen efecto alguno y el nominador que así lo hiciere, incurrirá en causal de mala conducta sancionable con la destitución del cargo. Los costos ilegales que se ocasionen por tal proceder generarán responsabilidad

³⁸ Párrafo declarado executable en sentencia C- 562/96. Allí sostuvo la Corte, entre otras cosas, que “ el párrafo en estudio consagra una excepción al principio general plasmado en el cuerpo del artículo 105, según el cual la manera regular de ingresar al Escalafón Nacional Docente es el sistema de concurso público, pues al personal que venía vinculado al sistema educativo estatal en el momento de expedirse la Ley 115 de 1994, se le aplica -en virtud del párrafo objeto de análisis- un trato privilegiado, consistente en hacerlos beneficiarios de un sistema de vinculación automática, ya que a todas aquellas personas que pretendan ingresar a la carrera administrativa docente después de la promulgación de la Ley General de Educación, deben ajustarse al procedimiento contemplado en la parte orgánica del nombrado artículo 105, esto es, deben efectuar concurso. De esta manera, estima la Corte, el trato diferente no se predica únicamente frente a los docentes bachilleres dependiendo de la zona del país en que aquéllos laboren, sino que puede evidenciarse en un ámbito más general: en el contexto de los docentes que estaban vinculados al servicio educativo antes de la entrada en vigencia del sistema de la carrera administrativa -y su ingreso mediante concurso-, respecto del resto de personas que pretendan en el futuro acceder a un cargo educativo del orden estatal (...)Por el contrario, el párrafo aludido se aparta de los lineamientos generales, y consagra una excepción a la regla en favor del personal actualmente vinculado, es decir considerando especialmente a quienes no se rigieron por el sistema de concurso para acceder a algún puesto educativo, y vienen laborando sin encontrarse escalafonados. Para aquéllos, la situación es muy diferente: por el simple hecho de encontrarse vinculados al sistema educativo nacional con anterioridad a la adopción del sistema del concurso, la Ley les otorga un tiempo para que se inscriban en el Escalafón Nacional Docente, siempre y cuando acrediten los requisitos exigidos (el respectivo Título Docente como ya se vio). Quiere decir esto que en la presente hipótesis no es necesaria entonces la observancia de la regla general consagrada en el texto del artículo 105; precisamente la razón de ser del párrafo consiste en establecer una excepción al procedimiento que se ha instaurado como regla general en el cuerpo del artículo 105.”

³⁹ Artículo subrogado por el artículo 129 del Decreto 2150 de 1995 declarado inexecutable mediante sentencia C-562 de 1996.

Consulta. Radicación No. 1603

económica personal imputable al funcionario o funcionarios que ordene y ejecute dicho nombramiento”.⁴⁰

El artículo 115 reiteró que “el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del **régimen especial del Estatuto Docente** y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley (...) En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores”.

Una norma importante fue el artículo 116 según el cual “Para ejercer la docencia en el servicio educativo estatal **se requiere título de licenciado en educación o de posgrado en educación**, expedido por una universidad o por una institución de educación superior nacional o extranjera, **o el título de normalista superior** expedido por las normales reestructuradas, expresamente autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, y además estar inscrito en el Escalafón Nacional Docente, salvo las excepciones contempladas en la presente Ley y en el Estatuto Docente.”⁴¹. Recuérdese que a la luz del decreto 2277 de 1979 no sólo podían ejercer la docencia quienes tuvieran título de licenciado en educación o de posgrado en educación o de normalista superior, sino, también, los peritos o expertos en educación, los técnicos o tecnólogos en educación con especialización en este nivel, los bachilleres pedagógicos o quienes tuvieran experiencia docente – art. 5º -. Finalmente, el artículo 222 derogó las normas que le fueran contrarias.

⁴⁰ A propósito del concurso la Corte en sentencia C- 562/96 señaló: "De lo cual se deduce que el sistema de concurso resulta imperativo para ingresar al Escalafón Nacional Docente; el nombramiento que no siga lo resuelto en el concurso no produce efecto alguno, nos dice a continuación el artículo 107. // Para ocupar un cargo educativo, según lo preceptúa el artículo 105 de la Ley General de Educación, deben seguirse entonces los siguientes pasos: 1) inscribirse en un concurso que la respectiva entidad territorial haya convocado, acreditando los requisitos legales del caso; 2) resultar incluido en la lista de elegibles que corresponda al número de plazas a proveer; 3) ser nombrado por decreto, siempre y cuando el empleo se encuentre dentro de la planta de personal autorizada por la respectiva entidad."

⁴¹ “Parágrafo 1º. Para ejercer la docencia en educación primaria, el título de educación a que se refiere el presente artículo, deberá indicar, además, el énfasis en un área del conocimiento de las establecidas en el artículo 23 de la presente Ley. // Parágrafo 2o. Quienes en el momento de entrar en vigencia la presente Ley, se encuentren cursando estudios en programas ofrecidos por instituciones de educación superior conducentes al título de Tecnólogo en educación, podrán ejercer la docencia en los establecimientos educativos estatales al término de sus estudios, previa obtención del título e inscripción en el Escalafón Nacional Docente.”. Por su parte el artículo 118 contemplo: “**Ejercicio de la docencia por otros profesionales.** Por necesidades del servicio, quienes posean título expedido por las instituciones de educación superior, distinto al de profesional en educación o licenciado, podrán ejercer la docencia en la educación por niveles y grados, en el área de su especialidad o en un área afín. Estos profesionales podrán también ser inscritos en el Escalafón Nacional Docente, siempre y cuando acrediten estudios pedagógicos en el país o en el extranjero, en una facultad de educación o en otra unidad académica responsable de la formación de educadores, con una duración no menor de un año. Parágrafo. El personal actualmente vinculado en las anteriores condiciones, tiene derecho a que se le respete la estabilidad laboral y a incorporarse al Escalafón Nacional Docente, siempre y cuando llene los requisitos indicados en este artículo.”

4.2 Vinculación al servicio educativo estatal en el régimen de la ley 115 de 1994

En materia relativa a la vinculación al servicio educativo estatal, el artículo 105 trajo importantes innovaciones⁴². En particular, contempló:

(i) La vinculación de personal docente, directivo y administrativo al servicio público educativo estatal, sólo podrá efectuarse mediante nombramiento hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial⁴³.

(ii) Únicamente podían ser nombrados como educadores o funcionarios administrativos de la educación estatal, dentro de la planta de personal, **quienes previo concurso**, hubieren sido seleccionados y acreditaran los requisitos legales⁴⁴. Sobre el particular, el inciso tercero de la norma, derogado por el artículo 113 de la ley 715 de 2001, dispuso: “Los concursos para nombramientos de nuevos docentes serán convocados por los departamentos o distritos; los educadores podrán inscribirse en la entidad territorial convocante y como resultado del proceso saldrá una lista de elegibles, la cual corresponderá al número de plazas o cupos para proveer en cada municipio. El Ministerio de Educación Nacional, por intermedio del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, establecerá un sistema para celebrar los concursos, de tal manera que se asegure la total imparcialidad.”⁴⁵.

En este sentido, **el decreto 1140 de 1995**⁴⁶ - ver decreto 2886 de 1994⁴⁷ - precisó: “Artículo 7º. **Administración del personal docente y administrativo.** (...) mientras los departamentos y distritos obtienen la certificación correspondiente (...) d. Los concursos

⁴² El artículo 105 de la ley 115 de 1994, fue modificado por el artículo 129 del decreto 2150 de 1995. Sin embargo esta última norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-562 de 1996.

⁴³ Excepción a esta norma fue el artículo 63 ibídem, según el cual: “**Celebración de contratos.** Cuando fuere necesaria la **celebración de contratos para la prestación del servicio educativo para las comunidades de los grupos étnicos**, dichos contratos se ajustarán a los procesos, principios y fines de la etnoeducación y su ejecución se hará en concertación con las autoridades de las entidades territoriales indígenas y de los grupos étnicos.” // “Artículo 178. Pago de educadores por los municipios. A partir de 1994, los municipios podrán, entre otros gastos, pagar educadores que en el momento de entrar en vigencia la presente Ley, estén financiados con recursos de su presupuesto ordinario, con cargo al incremento de los recursos recibidos por concepto de transferencias de la Nación.”

⁴⁴ En alusión a los efectos del parág. 1º del art. 105 la Corte Constitucional en la sentencia C-562/96 expuso: “Sin embargo, el interrogante que se plantea es si esa garantía a la estabilidad conferida por el parágrafo estudiado es compatible con la igualdad y con los principios orientadores de la carrera administrativa, puesto que se está concediendo la estabilidad a quienes no han sido previamente seleccionados mediante un proceso objetivo y abierto, como es el concurso de méritos.

⁴⁵ “Artículo 127. Autoridad nominadora de los directivos docentes. Los rectores o directores, vicerrectores, coordinadores, supervisores, directores de núcleo y demás directivos docentes de las instituciones educativas estatales a que se refiere el Estatuto Docente, serán nombrados por los gobernadores, los alcaldes de distritos o municipios que hayan asumido dicha competencia, **previo concurso convocado por el departamento distrito**”.

⁴⁶ “Por el cual se establecen los criterios y las reglas generales para la organización de las plantas de personal docente, directivo docente y administrativo del servicio público educativo estatal por parte de los departamentos y distritos y se dictan otras disposiciones”

⁴⁷ Por el cual se reglamentan los procedimientos y demás formalidades necesarias que deben cumplir las entidades territoriales para obtener la certificación del cumplimiento de los requisitos que les permita asumir la administración de los recursos del situado fiscal y la prestación del servicio educativo.

Consulta. Radicación No. 1603

para la vinculación de docentes, serán convocados únicamente por los gobernadores y alcaldes distritales y realizados en coordinación con los municipios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 105 de la ley 115 de 1994 y en el artículo 8° de este decreto. Salvo lo dispuesto en el artículo 9° del presente decreto, **no podrá haber nombramiento de docentes y directivos docentes sin el previo concurso (...)** Artículo 8° **Concurso docentes.** Mientras se reglamenta el sistema de concursos de que trata el inciso tercero del artículo 105 de la ley 115 de 1994, los cargos vacantes y las nuevas plazas docentes y administrativas del servicio educativo estatal con cargo al situado fiscal y a los recursos propios de los departamentos o distritos, serán provistas previo concurso convocado por el gobernador o alcalde distrital de acuerdo con los procedimientos establecidos antes de la vigencia de la ley 115 de 1994, siempre y cuando no sean contrarios a la misma”⁴⁸. No obstante lo anterior el artículo 9° del referido decreto 1140 de 1995, contempló la posibilidad de proveer vacantes sin concurso en los siguientes casos: “Artículo 9°.- (...) Sólo podrá proveerse vacantes sin el respectivo concurso, en las situaciones y con la prelación que se establecen en el presente artículo, con el cumplimiento de los requisitos de la carrera docente y de la carrera administrativa, según sea el caso: a. Reintegros de docentes, directivos docentes y administrativos ordenados por providencia judicial o administrativa; b. Nombramientos o traslados de los docentes y directivos docentes amenazados; c. **Nombramiento de docentes contratados antes del 8 de febrero de 1994** ⁴⁹; d. Nombramiento de docentes de la lista de elegibles según lo establecido en el artículo 218 de la ley 115 de 1994. e- Nombramiento de los docentes de las listas de elegibles vigentes, conformadas antes de la vigencia de la ley 115 de 1994, y f. Los demás casos de excepción establecidos expresamente por la ley.”⁵⁰

De esta manera **el legislador** ⁵¹ establece por primera vez el concurso como mecanismo de selección para acceder a la carrera docente ⁵². Sin embargo, la reglamentación del

⁴⁸ El artículo 10° de este decreto señaló que “Los alcaldes municipales convocarán y realizarán los concursos para la provisión de vacantes de las plantas de personal docente y administrativo con cargo a los recursos propios, de acuerdo con los procedimientos legales y reglamentarios vigentes en el momento de la convocatoria, entre otros los del artículo 105 de la ley 115 de 1994. Su incumplimiento generará sanciones de acuerdo con el artículo 107 de la misma ley.”

⁴⁹ Fecha de expedición de la ley 115/94, la que en su art. 105 parág. 3° - declarado inexecutable – ordenaba vincular a la planta de personal a los docentes vinculados por contrato.

⁵⁰ Ver sentencia C - 045 de 1998.

⁵¹ Como se recuerda, el concurso fue establecido por vía reglamentaria mediante decreto 1706 de 1989.

⁵² “En este orden de ideas, las normas del Estatuto Docente sobre ingreso a la carrera educativa deben complementarse con lo dispuesto por el artículo 105 en estudio, que consagra la vinculación al servicio educativo estatal mediante la figura del concurso. **Con la entrada en vigencia de la Ley 115 de 1994, la incorporación a la carrera docente no se da sólo con la inscripción en el escalafón o la obtención de un título docente, como lo preceptuaba el Decreto Ley 2277/79, sino que es necesario haber sido seleccionado en un concurso previo,** además de cumplir con los requisitos legales, tal y como lo señala el artículo 105 inciso segundo. En otras palabras, el nombramiento por decreto para todo el personal docente del servicio público estatal de que trata el artículo 105, debe hacerse con observancia de las reglas propias de la carrera administrativa, llevadas al campo educativo nacional: el concurso de méritos es en consecuencia el sistema de selección de docentes que determina la incorporación al servicio de educación (...) Para ocupar un cargo educativo, según lo preceptúa el artículo 105 de la Ley General de Educación, deben seguirse entonces los siguientes pasos: 1) inscribirse en un concurso que la respectiva entidad territorial haya convocado, acreditando los requisitos legales del caso; 2) resultar incluido en la lista de elegibles que corresponda al número de plazas a proveer; 3) ser nombrado por decreto, siempre y cuando el empleo se encuentre dentro de la planta de personal autorizada por la respectiva entidad”. Sentencia C-562 de 1996.

Consulta. Radicación No. 1603

artículo 105 no se expidió, según información suministrada por el Ministerio de Educación, y tan sólo se dictó el decreto 1140 de 1995 que dispuso, como se vio, de un lado, que los cargos vacantes y las nuevas plazas docentes serían provistas previo concurso convocado por el gobernador o alcalde distrital de acuerdo con los procedimientos establecidos antes de la vigencia de la ley 115 de 1994 – decreto 1706 -, siempre y cuando no fueren contrarios a la misma y, de otro, que era posible proveer cargos sin concurso en los eventos señalados.

En este interregno bien pudieron haber acontecido las situaciones tratadas en el acápite referente a la segunda etapa - decreto 1706 de 1989 -, que tocan los nombramientos mediante convocatoria y agotamiento de concurso o sin el cumplimiento de este trámite – incluidos los casos excepcionales – como también las vinculaciones provisionales. Lo dicho en ese aparte por la Sala resulta aplicable a estos casos, dada la remisión que hizo el artículo 8° del decreto 1140 de 1995 a los procedimientos anteriores a la expedición de la ley 115.⁵³

5. Quinta etapa. Ley 344 de 1996. Inexistencia de vinculación automática a la carrera docente de contratistas⁵⁴

Ahora bien, mediante el artículo 11 de la ley 344 de 1996,⁵⁵ se dispuso que “las entidades territoriales elaborarán y ejecutarán anualmente un plan de racionalización de los recursos humanos⁵⁶ del servicio educativo estatal que atienden con recursos propios del situado fiscal. En la elaboración de este plan participarán dos miembros elegidos por la correspondiente Junta de Educación de que trata la Ley 115 de 1994”. El inciso segundo de tal norma y el parágrafo contemplaban:

“Las entidades territoriales no podrán convocar a concurso docente para proveer nuevos cargos dentro de la respectiva planta de personal, ni suplir las vacancias que se presenten, mientras subsistan contratos de prestación de servicios docentes celebrados con anterioridad al 8 de febrero de 1994, de manera que se otorgue prioridad a la incorporación de dichos docentes en los términos de las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994. Parágrafo. Para los efectos de establecer la lista de elegibles las expresiones antes del o con anterioridad al 8 de febrero de 1994, se entenderá que también cobijan a los educadores que laboraron por

⁵³ La Sala en muestreo realizado a la jurisprudencia del Consejo de Estado, encontró que la Sección Segunda mediante sentencia 975-98 del 6 de julio de 2000 se pronunció en relación con un concurso convocado por la Gobernación de Córdoba en desarrollo del artículo 105 de la ley 115/94. Además, en las sentencias ACU- 288 del 5 de junio de 1998 y ACU- 564 del 5 de febrero de 1999, la Sección Cuarta conoció de controversias relacionadas con la misma norma y con el decreto 1140 de 1995.

⁵⁴ El decreto 1706/89, art. 15, expedido antes de la Constitución vigente, autorizó el nombramiento en propiedad de docentes y directivos docentes de la educación contratada sin concurso. Como se recuerda, la Carta de 1886 no establecía el concurso de méritos de manera obligatoria. // En el mismo sentido el art. 9°, lit. c) del decreto 1140/95 autorizó el nombramiento de docentes contratados antes del 8 de febrero sin concurso, disposición que resulta contraria al artículo 125 de la Carta, como se estudia en el presente acápite.

⁵⁵ Por medio de la cual se dictaron normas tendientes a la racionalización del gasto público, se concedieron unas facultades extraordinarias y se expidieron otras disposiciones.

⁵⁶ Aparte subrayado declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-045 de 1998.

Consulta. Radicación No. 1603

períodos continuos iguales o mayores a 8 meses en los años de 1992 o 1993, aunque su relación contractual haya terminado en cualquier fecha de algunos de esos años. Una vez agotada la lista de elegibles por contrato, previo concurso, se restablecerá el mismo en concordancia con lo estipulado en la Ley General de la Educación”.

Sin embargo, este inciso y el párrafo fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 045 de 1998. Dijo la Corte:

“Una lectura detallada de este precepto, permite concluir que el cargo de la demanda parte de una equivocada interpretación de él, tal como lo manifestó el Ministerio Público, pues no es cierto que se autorice la vinculación automática a la administración de aquellos docentes que en una época determinada suscribieron contratos de prestación de servicios con ella. No.

Interpretando la norma, esta Corporación entiende que lo que ella dispone, es la realización de una especie de concurso cerrado entre aquellos educadores que antes de la expedición de la ley general de educación (ley 115 de 1994, promulgada el 8 de agosto de 1994), tenían suscrito contrato de prestación de servicios con los distintos entes territoriales. Contratación ésta que se efectuó, en razón a la congelación de nómina que se ordenó en distintas leyes, entre ellas, la 24 de 1988 y la 29 de 1989, y que impidió, entre los años 1988 y 1993, vincular docentes a través del sistema legal y reglamentario que exigía el estatuto docente.

Esta situación cambió con la expedición de las leyes 60 de 1993, que regula las competencias entre la Nación y las entidades territoriales, y 115 de 1994, ley general de educación, que expresamente exigen la realización previa de un concurso para la vinculación de educadores a la administración. (...)

Con la expedición de estas leyes, la suscripción de contratos administrativos con los docentes, dejó de ser una opción a la que pudiera recurrir el Gobierno para cubrir las necesidades de personal en el sector educativo, porque estaba en contradicción con el artículo 125 de la Constitución, según el cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera.

Sin embargo, como el número de docentes que tenían suscrito contrato de servicios era alto (21.920, según el censo realizado en 1991), el legislador ordenó su incorporación a las plantas de personal de los departamentos o los distritos donde venían prestando sus servicios, en un término no mayor a seis años, contados desde la publicación de la ley 60 de 1993 (12 de agosto 1993), y previo cumplimiento de los requisitos señalados en el estatuto docente (ley 60 de 1993, párrafo 1º del artículo 6º). Esta disposición, al igual que el párrafo 3º del artículo 105 de la ley 115 de 1994, que establecía que a los docentes

Consulta. Radicación No. 1603

vinculados mediante contrato, se les seguiría contratando sucesivamente hasta ser incorporados a la planta de personal de las distintas entidades territoriales donde prestaban sus servicios, fueron declaradas inexecutable en sentencia C-555 de 1994, Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

La declaración de inexecutable, tuvo como fundamento la situación de desigualdad que generaba la existencia de dos regímenes para la vinculación de educadores al servicio del Estado: *docentes-contratistas*- y *docentes -empleados públicos*-.

El fallo de la Corte, condujo a la imposibilidad por parte de las entidades territoriales de prorrogar los contratos de servicios suscritos con algunos docentes. Es decir, los educadores que hasta la fecha de la sentencia venían prestando sus servicios no podían seguir haciéndolo, hasta no cumplir los requisitos para ello. Esto es, presentarse al respectivo concurso y ser seleccionados para el efecto. Por tanto, cualquier incorporación automática devendría en ilegal, a más de acarrear sanciones para quien la autorizare (artículo 6° de la ley 60 de 1993).

Dentro de este contexto, la norma que se acusa retoma la problemática de los educadores que prestaron sus servicios al Estado a través de contratos de carácter administrativo, y que a la fecha no han podido ser vinculados en la forma antes referida. Para el efecto, en ella se ordena una congelación de las plantas de personal educativo de las entidades territoriales, lo que se deduce de un aparte de la norma acusada, según la cual "*una vez agotada la lista de elegibles por contrato, **previo concurso**, se restablecerá el mismo en concordancia con lo estipulado en la Ley General de Educación*", hasta que, previo concurso, no se vinculen todos aquellos docentes que a 1994, suscribieron contratos de prestación de servicios.

Por tanto, no es cierto, como lo afirma el demandante, que el precepto acusado permita una vinculación automática de los *docentes-contratistas*, pues se exige la realización de un concurso para que sea viable su vinculación a la administración. Razón por la que el cargo de la demanda no puede prosperar, pues, como se explicó, la norma que se acusa consagra la obligación de realizar un **concurso cerrado**, en el que sólo pueden participar los educadores que tenían suscrito contrato de prestación de servicios en los términos allí estipulados.

Sin embargo, y a pesar de que el cargo de la demanda es improcedente, es necesario decir lo siguiente:

La Corte estima que no hay unidad de materia entre lo que regula el inciso segundo y el párrafo primero del artículo 11, con el objeto de la ley 334 de 1996, pues en ellos se regula un aspecto que escapa a las previsiones propias de una ley de racionalización del gasto, y que hace

Consulta. Radicación No. 1603

referencia a la forma como deben agotarse los concursos para proveer cargos en el sector educativo, excluyendo a determinados docentes y estableciendo prioridades para la contratación de otros. Esta es una materia que, por no tener incidencia alguna con los objetivos de la ley 334 de 1996, no podía hacer parte de ella.

Existe, además, otra razón adicional de fondo, para declarar la inexecutable de éstos, y consiste en la violación del artículo 125 de la Constitución según el cual: "*Los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público*".

En este precepto, la Constitución consagra como regla general la realización de **concursos públicos o abiertos** como el mecanismo idóneo para proveer un empleo público, a menos que la Constitución o la ley establezcan otro. Con este instrumento, se da prevalencia a derechos como la igualdad, pues se permite a todos aquellos que reúnen los requisitos para ocupar un cargo en la administración, participar en los procesos de selección correspondientes. Al tiempo que el derecho que se consagra en el artículo 40, numeral 7º de la Constitución, a ser elegido, encuentra plena aplicación.

Con fundamento en el artículo 125 de la Constitución, y como una forma de proteger los derechos a que se ha hecho referencia, esta Corporación ha afirmado que la celebración de concursos que limiten la participación de todos aquellos que cumplen los requisitos para ocupar un cargo en la administración, es inconstitucional (Sentencias C- 011 de 1996 y C- 063 de 1997, entre otras).

Sin embargo, la Corte ha reconocido, dentro de ciertos límites, la facultad del legislador de organizar concursos que tengan por objeto permitir ascensos dentro de la carrera, y en los que participen sólo quienes estén en ella, como una forma de dar efectividad al derecho a la estabilidad de quienes vinculados con la administración, deseen ascender: **concursos para ascensos** (sentencia C-063 de 1997).

En el caso en estudio, no se da ninguna circunstancia que justifique la *celebración de concursos cerrados para permitir el ingreso a la carrera docente de unos educadores determinados*. Entiende la Corte que los educadores que suscribieron un contrato de prestación de servicios en una época determinada, tienen, en igualdad de condiciones con otros, el derecho a vincularse legalmente con el Estado, y nada obsta para que participen en los concursos que para el efecto se realicen, donde su experiencia al servicio de la administración tendrá una valoración que el nominador deberá tener en cuenta, pero que no es razón suficiente, para excluir a otros docentes y por un término indefinido, de la posibilidad de vincularse con el Estado, por el sólo hecho de no haber suscrito contratos de prestación de servicios con la administración, a pesar de tener las capacidades para acceder al

Consulta. Radicación No. 1603

servicio y, por tanto, participar en los correspondientes concursos. Hecho que en sí mismo, desconoce el derecho a la igualdad.

Son estas razones, y no la que alegó el demandante, las que hacen que el inciso segundo y el primer párrafo del artículo 11 de la ley 336 de 1996, deban declararse inexecutable.”

En conclusión, no hay vinculación automática a la carrera docente – sin perjuicio de las excepciones dispuestas por el legislador y que tengan justificación conforme a la jurisprudencia constitucional, como las designaciones en zonas de difícil acceso - ni posibilidad de realizar concursos cerrados entre quienes tenían suscrito contrato de prestación de servicios con los distintos entes territoriales, por cuanto no se da ninguna circunstancia de justificación para ello, pues, la Constitución consagra como regla general la realización de **concursos públicos o abiertos** como el mecanismo idóneo para proveer un empleo público.

6. Sexta etapa. Acto legislativo 1 de 2001 y ley 715 del mismo año.

6.1. Acto legislativo No. 1 de 2001. Modificó entre otras normas el artículo 357 de la Constitución Política, creando el sistema general de participaciones y en concreto dispuso:

“El monto del sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios se incrementará anualmente en un porcentaje igual al promedio de la variación porcentual que hayan tenido los ingresos corrientes de la Nación durante los cuatro (4) años anteriores, incluida la correspondiente al aforo del presupuesto en ejecución.

Para efectos del cálculo de la variación de los ingresos corrientes de la Nación a que se refiere el inciso anterior, estarán excluidos los tributos que se arbitren por medidas de estados de excepción, salvo que el Congreso, durante el año siguiente les otorgue el carácter permanente.

Los municipios clasificados en las categorías cuarta, quinta y sexta, de conformidad con las normas vigentes, podrán destinar libremente, para inversión y otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un veintiocho (28%) de los recursos que perciban por concepto del sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios, exceptuando los recursos que se destinen para educación y salud.

Parágrafo transitorio. 1º—El sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios tendrá como base inicial el monto de los recursos que la Nación transfería a las entidades territoriales antes de entrar en vigencia este acto legislativo, por concepto de situado fiscal, participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y las transferencias complementarias al situado fiscal para educación, que para el año 2001 se valoran en la

Consulta. Radicación No. 1603

suma de diez punto novecientos sesenta y dos (10.962) billones de pesos.

En el caso de educación, la base inicial contempla los costos por concepto de docentes y administrativos pagados con situado fiscal y el fondo de compensación educativa, docentes y otros gastos en educación financiados a nivel distrital y municipal con las participaciones en los ingresos corrientes de la Nación, y los docentes, personal administrativo de los planteles educativos y directivos docentes departamentales y municipales pagados con recursos propios, todos ellos a 1° de noviembre del 2000. **Esta incorporación será automática a partir del 1° de enero de 2002.**

Como se advierte, la norma se refiere al monto del sistema general de participaciones, a su incremento anual, al cálculo de variación de los ingresos corrientes, a la base inicial del monto de los recursos y específicamente, en el caso de educación, a los costos y gastos que contempla esa base inicial. La mención que se hace en el párrafo transitorio primero de la norma en cita, en el sentido de que “Esta incorporación será automática a partir del 1° de enero de 2002”, hace alusión entonces a la incorporación de costos y gastos para efectos de determinar la base inicial del monto de los recursos del sistema general de participaciones y no puede tomarse, en el sentido que lo hace FECODE, como una incorporación automática de todos los docentes a la planta de personal y a la carrera docente y que cubriría indistintamente a los nombrados en propiedad, en provisionalidad y por contrato de prestación de servicios, pues según tal entendimiento no habría lugar a la comprobación de requisitos⁵⁷.

Para reforzar la percepción de la Sala baste echar una mirada al artículo 36 de la ley 715, según el cual: **“La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones**

⁵⁷ Al analizar los antecedentes de este Acto Legislativo, se encuentra que la frase que genera discusión “Esta incorporación será automática a partir del 1° de enero de 2002” fue introducida solo al final, por las comisiones accidentales de conciliación, sin exposición de motivos alguna, según acta que reposa en la historia de la ley, Biblioteca del Congreso. El Representante a la Cámara por el Departamento del Putumayo, Jorge Eliécer Coral Rivas, dejó constancia de las razones por las cuales confirió su voto positivo al proyecto y señaló: “F. No es cierto, que se afecte el sector público educativo, llámese educación pública y el servicio público en salud, ni mucho menos bajo el proyecto de Acto Legislativo 012, se afecten los derechos de los educadores de Colombia, y por el contrario se garantiza la incorporación a planta de la totalidad de los Educadores por contrato, y OPS, aproximadamente 90.000 educadores en Colombia, en el Putumayo 1.100” criterio que la Sala no acoge, pues se repite, tal interpretación no guarda armonía con el contenido de la norma y es ajena a la materia allí regulada. // En el Informe para ponencia de primer debate en segunda vuelta del proyecto de A. L. se precisó por los ponentes que “En el artículo 3° proponemos que en el párrafo 1° se defina el monto base para el Sistema General de Participaciones y se precisen de manera detallada los diferentes conceptos de costos de educación”. G. del Congreso 274/01, pág. 4.

En el texto de la sentencia C-793 de 2002 aparecen los siguientes argumentos del demandante: “2. Los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 38 vulneran el artículo 357 de la Constitución Política, pues al expedir la norma demandada el legislador no tuvo en cuenta el contenido del inciso segundo del párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 de 2001, en el cual el constituyente fijó como pauta para la expedición de la ley, la incorporación automática de los docentes a partir del 1° de enero de 2002, con la condición “*de estar los mismos pagados con recursos propios*” de las entidades territoriales a 1° de noviembre de 2000. Entonces, el legislador violó la Constitución al fijar *requisitos adicionales* a los contemplados en el Acto Legislativo 01 de 2001, con lo cual desconoció igualmente el artículo 4° de la Carta Política.” Sin embargo, la Corte constitucional en la referida sentencia no se refirió a este cargo.

a que se refiere el inciso dos del párrafo 1o. del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1o. de enero del año 2002⁵⁸.”

6.2. Ley 715 de 2001.

6.2.1. Precisiones previas. Para efectos del correcto entendimiento del sistema de incorporación del personal docente a los cargos de planta, del ingreso a la carrera docente contenido en esta ley y en el decreto 1278, es necesario especificar los momentos legislativos y administrativos que inciden en el análisis de las diversas situaciones.

(i) La ley 715 fue publicada el 21 de diciembre de 2001, fecha en la cual entró en vigencia;

(ii) el decreto 1278 lo fue el 20 de junio de 2002;

(iii) las plantas de personal – arts. 34 y 37 de la ley 715 – fueron adoptadas el 31 de diciembre de 2003, según información del Ministerio de Educación;

De otro lado, es necesario destacar otros aspectos que son determinantes para conceptuar:

⁵⁸ En sentencia C- 568 de 2004, la Corte Constitucional señaló: “4.1. El Acto Legislativo 01 de 2001 modificó los artículos 356 y 357 de la Constitución y sustituyó la participación de las entidades territoriales en los ingresos corrientes de la Nación, el Situado Fiscal y las transferencias complementarias al Situado Fiscal, por el Sistema General de Participaciones. Dicho Sistema trata de la financiación de la prestación de los servicios en salud, educación y “propósito general”, a cargo de las entidades territoriales. En particular, el párrafo transitorio 1º del artículo 357 superior, estableció un valor preciso de la participación que debe ser transferida a los Departamentos, Distritos y Municipios de la siguiente manera: la base inicial sería “el monto de los recursos que la Nación transfería a las entidades territoriales antes de entrar en vigencia este acto legislativo, por concepto de situado fiscal, participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y las transferencias complementarias al situado fiscal para educación, que para el año 2001 se valoran en la suma de diez punto novecientos sesenta y dos (10.962) billones de pesos”; a grandes rasgos, según el párrafo transitorio 2º, durante los años comprendidos entre 2002 y 2008 el monto del Sistema General de Participaciones crecería en un porcentaje igual a la tasa de inflación causada, más un crecimiento adicional de 2% entre 2002 y 2005 y 2.5% entre 2006 y 2008 (...) 4.2. En cuanto al primer grupo de normas, la Corte no comparte la interpretación que de éstas hace el demandante. Si bien estos enunciados indican que el valor de la transferencia depende de lo que sea aforado en la ley anual de presupuesto, no hacen referencia a ningún valor preciso, no contienen ninguna orden para que se transfiera un monto inferior o siquiera distinto al que señala la Constitución; tampoco contienen una prohibición para que dicho monto no se gire. En este sentido, el procedimiento diseñado por el legislador para el giro de los recursos, al no hacer referencia alguna al monto a transferir, no puede ser interpretado de tal forma que lleve a concluir que el legislador violó la norma constitucional e infringió el amplio margen de configuración con el que cuenta. **De la misma forma que sucede con toda erogación a cargo del Estado, las normas acusadas remiten a la ley de presupuesto, en la cual han de ser incorporadas las partidas acordes al valor señalado en la Constitución. Sin embargo, no obran pruebas en el expediente de que no se hubiere presupuestado un monto que guarde consistencia con lo ordenado por la Constitución.** Por el contrario, el Departamento Nacional de Planeación aportó al presente proceso los documentos CONPES, en los cuales se explica cómo, para los años 2002 y 2003, se incluyeron la totalidad de los montos ordenados en el artículo 357 precitado.” // El art. 47 Ibid de manera clara se remite a “los costos autorizados en el inciso segundo del párrafo 1º del artículo 357 de la Constitución”, precisamente los que son objeto de la incorporación.

Consulta. Radicación No. 1603

- Las entidades territoriales estaban facultadas para vincular personal docente y administrativo con recursos propios, gastos que en ningún caso pueden financiarse con recursos del Sistema General de Participaciones – art. 23 -.

- Como consecuencia de lo anterior es evidente que existían plantas de personal que se financiaban con cada uno de estos recursos y que necesariamente se producían vacantes en cada una de ellas.

- La ley 715 regularizó la situación de los docentes contratados ordenando su vinculación provisional a las plantas de personal mediante un mecanismo de transición, con efectos hasta tanto se provean por concurso los respectivos cargos.

- La aplicación en el tiempo de las disposiciones del Estatuto de Profesionalización Docente, es necesario explicitarla frente a las distintas hipótesis que se derivan de su normatividad.

6.2.2. Generalidades.- Mediante la ley 715 de 2001 se dictaron normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política, reformado por el Acto legislativo 1 de 2001. Específicamente, en el campo de la educación se dio competencia a la Nación para reglamentar los concursos que rigen la carrera docente - arts. 5.7 y 111⁵⁹- y para “determinar los criterios a los cuales deben sujetarse las plantas docente y administrativa de los planteles educativos y los parámetros de asignación de personal correspondientes a: alumnos por docente; alumnos por directivo; y alumnos por administrativo, entre otros, teniendo en cuenta las particularidades de cada región” – art. 5.16 -⁶⁰.

A su turno, a los departamentos, distritos y municipios certificados se les facultó, entre otras cosas, para administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994 – entre ellas las de nombrar -, las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la ley 715. Para ello, **realizarán concursos⁶¹ y efectuarán los nombramientos del personal requerido⁶²** – arts. 6.2.3 y 7.3 –⁶³. El artículo 21 precisa que los departamentos, distritos y municipios no podrán autorizar plantas de personal docente o administrativo a cargo del Sistema General de Participaciones, que superen el monto de los recursos de éste⁶⁴.

⁵⁹ Numeral declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-618/02.

⁶⁰ “5.18. En caso de ser necesaria la creación, fusión, supresión o conversión de los empleos que demande la organización de las plantas de personal de la educación estatal, los gobernadores y alcaldes deberán seguir el procedimiento que señale el Gobierno Nacional para tal fin” – ver sentencia C-618/02.

⁶¹ “7.15. Para efectos de la inscripción y los ascensos en el escalafón, la entidad territorial determinará la repartición organizacional encargada de esta función de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional”. – Ver sentencia C-918/02 -.

⁶² “Los municipios no certificados o los corregimientos departamentales no podrán vincular o contratar docentes, directivos docentes ni funcionarios administrativos para el sector educativo, o contratar bajo cualquier modalidad personas o instituciones para la prestación del servicio; dicha función será exclusiva del respectivo departamento” Art. 23 ver sent. C-617/02 -

⁶³ Ver sentencias C-617/02 y C-918/02.

⁶⁴ Ver sentencia C-618 de 2002

Consulta. Radicación No. 1603

El artículo 23, relacionado con restricciones financieras a la contratación y nominación, señala que “ningún departamento, distrito o municipio podrá **vincular o contratar** docentes, directivos docentes, ni empleados administrativos, con recursos diferentes de los del Sistema General de Participaciones, sin contar con los ingresos corrientes de libre destinación necesarios para financiar sus salarios y los demás gastos inherentes a la nómina incluidas las prestaciones sociales, en el corto, mediano y largo plazo”, y resalta que “en ningún caso los docentes, directivos docentes y los administrativos **vinculados o contratados** con recursos propios podrán ser financiados con cargo al Sistema General de Participaciones, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil, disciplinaria y fiscal de quienes ordenen y ejecuten la vinculación o contratación. En ningún caso la Nación cubrirá gastos por personal docente, directivos docentes ni funcionarios administrativos del sector educativo, distintos a los autorizados en la presente ley.⁶⁵”

El artículo 24 establece reglas especiales para el ascenso en el escalafón de los docentes y directivos docentes durante un período de siete años y el párrafo de esta norma precisa que “**el régimen de carrera de los nuevos docentes y directivos docentes que se vinculen, de manera provisional o definitiva, a partir de la vigencia de la presente ley, será el que se expida de conformidad con el artículo 111**”, precepto que debe entenderse en el sentido obvio de que su normatividad se aplica una vez se haya expedido el estatuto para ingresar a la carrera docente, razón por la cual, no contraría la regulación del artículo 38, relativa a los efectos de las provisionalidades, en la forma que pasa a detallarse.

6.2.3. Alcances de la ley 715 – arts. 34 y 38 - respecto de los inscritos en carrera docente al momento de su expedición.-

El artículo 34 precisó que durante el último año de que trata el artículo 37⁶⁶ de esta ley, se establecerían las plantas de cargos docentes, directivos y administrativos de los planteles educativos, de los departamentos, distritos y municipios⁶⁷. En este sentido, el artículo 37 señala que “Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley”⁶⁸.

También señaló el artículo 34, que establecidas las plantas, los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos, **que fueron nombrados con el lleno de los requisitos**, mantendrán su vinculación sin solución de continuidad. La

⁶⁵ “Artículo 33. Control social. Los secretarios de educación departamental, municipal y distrital informarán anualmente a los consejos directivos de las instituciones educativas oficiales y harán público por los medios masivos de comunicación de su jurisdicción, los recursos, las plazas y la nómina que le asignen a cada una de las instituciones conforme a los parámetros de asignación de personal definidos por la Nación.”

⁶⁶ Ver Directiva Ministerial 20 de 2003.

⁶⁷ Artículo 35. Del período de transición. El período de transición de la presente Ley será de hasta dos (2) años, contados desde la vigencia de la misma.

⁶⁸ Al respecto la Directiva Ministerial 20 de 2003 señala que “Luego de que las entidades territoriales certificadas adopten, mediante acto administrativo, la planta de que trate el artículo 37 de la ley 715, 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 en los términos del artículo 46 y siguientes del decreto 1950 de 1973.”

Consulta. Radicación No. 1603

expresión “nombrados” no incluye ni formal ni materialmente el concepto de vinculación mediante contratación o de las denominadas órdenes de prestación de servicios.

En punto al tema, el artículo 38 precisó que “Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos **vinculados a la carrera docente** a la expedición de la presente ley, **no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo**, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo⁶⁹”. De esta manera, los docentes que fueron nombrados en propiedad, se posesionaron y estaban escalafonados, mantienen sus derechos de carrera docente, sin importar que hubieren ingresado sin concurso con base en el decreto 2277 de 1979 o con él, en los términos de los decretos 1706/89, 1140/95 y ley 115/94 -.

6.2.4. Efectos de los artículos 34 y 38 de la ley 715 en relación con los docentes vinculados por contrato y que fueron nombrados provisionalmente.

El inciso tercero del citado artículo 34, relativo a la incorporación a las plantas de personal, norma cuyo sentido y alcance genera las posiciones contradictorias que originan la Consulta, precisó:

“Incorporación a las plantas. Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1° de noviembre de 2000 se encontraban contratados por órdenes de prestación de servicios, que sean vinculados de manera provisional **deberán cumplir los requisitos de la carrera docente y administrativa para su incorporación definitiva a las plantas que se establezcan**”⁷⁰.

Esta norma toca directamente con la primera pregunta y a juicio de la Sala su alcance está claramente determinado por tres elementos esenciales: a) se regula la incorporación definitiva, lo que supone el adelantamiento de concurso para el ingreso del respectivo personal, b) la remisión a las plantas “que se establezcan”, lo cual entraña que se trata de las que conjuntamente se adopten conforme a los artículos 34 y 37 de la ley 715 y c) el cumplimiento de los requisitos de la carrera.

De los dos primeros aspectos se concluye que los requisitos a ser cumplidos para ser incorporados definitivamente serán los establecidos en el nuevo estatuto docente, en consideración a que para la realización de los concursos deben exigirse aquellos que se encuentren vigentes al momento de la convocatoria. Por lo tanto, la respuesta es que los requisitos que deberán acreditarse para la incorporación definitiva a las nuevas plantas de personal –nombramiento previo concurso – son los establecidos en el decreto 1278 de 2002.

6.2.4.1. Provisionalidades del artículo 38 de la ley 715.- La Sala ya se ocupó de la incorporación a las plantas de personal sin solución de continuidad de quienes estaban

⁶⁹ “A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta.” – art. 38 -

⁷⁰ Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-618-02.

Consulta. Radicación No. 1603

inscritos en carrera docente al momento de la expedición de la ley 715. Ahora, pasa a estudiar las implicaciones derivadas de las provisionalidades.

El artículo 38 creó una provisionalidad *sui generis*⁷¹ para cargos de carrera docente, cuya provisión está sujeta a la existencia de vacantes en las plantas de personal. Tal el sentido de los artículos transcritos, cuyos epígrafes disponen: artículo 34. **“Incorporación a las plantas”** y artículo 38. **“Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas.”** En concreto, el legislador quiso garantizar a las personas que venían contratadas con órdenes de prestación de servicios una continuidad relativa en la prestación del servicio, con término definido, esto es, sólo **durante el año lectivo de 2002**, para lo cual se facultó nombrarlos provisionalmente, **previa acreditación de requisitos**, sin que ello significara un ingreso automático a la carrera docente, pues, como se recuerda, a ella se accedía, en vigencia del decreto 2277 de 1979 mediante nombramiento en propiedad – mas escalafón y posesión –, y posteriormente por concurso, según los preceptos de la ley 29, el decreto 1706 - ambos de 1989⁷² y de la ley 115 de 1994, artículo 105.

En conclusión, lo que ordenó el legislador de 2001 sobre la materia, fue garantizar los derechos de carrera a quienes estaban inscritos en ella – con respeto a su estabilidad –, y autorizó una especie de provisionalidad, por esencia transitoria – durante el año 2002⁷³–, sin consecuencia distinta a la de conminar a la administración a vincular en tal forma y de manera prioritaria, a los educadores que se encontraran en los supuestos de hecho previstos en el artículo 38⁷⁴, que a la letra dispone:

“La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, **dando prioridad**⁷⁵ al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo (...).

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1o. de noviembre de 2000 **se encontraban contratados** en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios⁷⁶, y que cumplan los requisitos para el ejercicio del

⁷¹ La provisionalidad resulta ser *sui generis* en cuanto regula un procedimiento de nombramiento en la transición de legislación otorgando una protección especialísima a quienes venían vinculados en la forma establecida en el artículo 38 y que se extiende hasta que se provea el cargo por concurso.

⁷² Como se recuerda el concurso se estableció mediante decreto reglamentario.

⁷³ La Corte Constitucional en acción de constitucionalidad entendió que la provisionalidad “deberá mantenerse hasta tanto se provean por concurso de méritos los respectivos empleos de carrera” – Sent. C-793/02.

⁷⁴ En la Directiva Ministerial 20 de 2003 se indica que “En caso de que la entidad territorial requiera menos funcionarios de los actualmente vinculados por órdenes de prestación de servicios y que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 38 de la ley 715 de 2001, la entidad territorial deberá establecer criterios para seleccionar el personal que será nombrado en provisionalidad, entre otros, serán consideradas las necesidades por área de formación y la experiencia educativa con poblaciones de características similares a aquellas donde se va a asignar.”

⁷⁵ Ver pág.47.

⁷⁶ “Parágrafo 2°. Para los efectos de la presente ley se entiende por orden de prestación de servicios toda relación contractual directa entre un departamento o municipio y un docente o administrativo para la prestación de servicios de enseñanza o administrativos en una institución educativa oficial, por un término

Consulta. Radicación No. 1603

respectivo cargo, y cuyos contratos fueron renovados en el año 2001, por el municipio o el departamento, indistintamente, serán vinculados de manera provisional **durante el año lectivo de 2002**. Mientras ello ocurre, deberán, los departamentos y municipios renovar los contratos (a más tardar el 1° de febrero de 2002.)⁷⁷

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que demuestren que estuvieron vinculados por órdenes de prestación de servicios por los departamentos o municipios, dentro de los dos meses antes y el 1o. de noviembre de 2000, demostrando solución de continuidad durante ese período, y que cumplan los requisitos del cargo, serán vinculados de manera provisional **durante el año 2002**.

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1o. de noviembre de 2000 se encontraban contratados en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios, y que cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo, y cuyos contratos no fueron renovados en el 2001, serán vinculados **durante el año 2002** de manera provisional, previa identificación y verificación de requisitos, salvo que sus contratos hayan sido suprimidos como resultado del proceso de reorganización del sector educativo o de la entidad territorial.⁷⁸

Del simple tenor de las normas se desprende que no se estableció un ingreso automático a la carrera docente para aquéllos que tuvieron órdenes de prestación de servicios⁷⁹ y

no inferior a cuatro meses, con dedicación de tiempo completo, exceptuando los que se nombran o contratan para reemplazar docentes, directivos docentes o administrativos en licencia, horas cátedra y otra modalidad que no implique vinculación de tiempo completo.” Por tanto, la denominación de la relación resulta indiferente siempre que sea contractual. // De otro lado, debe observarse que tal definición en estricto rigor se aplica a las situaciones nuevas, pues las anteriores por razón de las normas generales que regulan los contratos, se rigen por las disposiciones vigentes al momento de la suscripción de ellos o a la expedición de la orden. Esta apreciación implica que la administración deberá constatar la legislación aplicable y de resultar la nueva contraria a la anterior o ésta resultar más favorable, a ello deberá estarse.

⁷⁷ La locución “a más tardar el 1° de febrero de 2002” fue declarada inexecutable, Sent. C- 793/02. En relación con este inciso el decreto 688/02 dispuso: “Art. 2°. Sin perjuicio de las órdenes de prestación de servicios autorizadas en el inciso cuarto del artículo 38 de la ley 715 de 2001, queda prohibido todo tipo de contratación de docentes y directivos docentes. Sin embargo, mientras se organizan las plantas de personal docente, tal como lo señalan los artículos 37 y 40 de la ley 715 de 2001, y se expide el nuevo Estatuto de Profesionalización Docente de que trata el num. dos del artículo 111 de la misma ley, los departamentos, distritos y municipios certificados podrán expedir órdenes de prestación de servicios para atender las funciones propias de docentes en propiedad que se encuentren en situaciones administrativas tales como incapacidad médica, licencia no remunerada, comisión o suspensión en el empleo, o en caso de vacancia definitiva del cargo, mientras se realice el concurso para proveerlo en forma definitiva.” En similar sentido, se pronunciaban los artículos 2° de los decretos 47/98 y 2713/01, haciendo referencia a las leyes 60/93 y 115/94.

⁷⁸ En la Directiva Ministerial 20 de 2003 se destacan lineamientos sobre esta incorporación.

⁷⁹ En el proyecto de ley presentado por el Gobierno se disponía con mayor énfasis: “Artículo 29. (...) Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1° de noviembre de 2000 se encontraban contratados por órdenes de prestación de servicios y que cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo **y ganen los concursos para proveer los cargos de las plantas definitivas**, se vincularán con el nuevo régimen de carrera docente que se establezca como desarrollo de la presente ley” – G. del Congreso No. 500/01, pág. 6 -. Este texto se modificó tal como aparece en la versión vigente sin motivación expresa – G. del Congreso No. 600/01, pág. 3.

Consulta. Radicación No. 1603

que por virtud del artículo 38 hubieren sido nombrados provisionalmente. Una lectura sistemática de los preceptos analizados indica que se facultó para incorporar en las plantas de personal a un grupo de docentes, por un período legal definido – inicialmente durante el año 2002 –, pues la incorporación definitiva deberá hacerse mediante concurso.

6.2.4.2 Inicio de las provisionalidades en cargos de carrera docente. Antes de la expedición de la ley 715 la legislación relacionada con la administración del personal al servicio de la docencia no preveía la modalidad de vinculación provisional, la que sólo vino a aparecer con el período de transición establecido en el capítulo VI – arts. 35 a 41 – que reviste un carácter *sui generis*.⁸⁰

Dado que las plantas de personal debían ser organizadas - artículo 37 *ibídem* - dentro de los dos años siguientes a la promulgación de la ley, era conveniente establecer un período de transición que garantizara la continuidad del servicio docente y, de paso, proteger a quienes venían desarrollando tales tareas por órdenes de prestación de servicios y estaban vinculados a 1º de noviembre de 2000. Por cuanto el sistema anterior no preveía la designación en provisionalidad, era necesario regularla para poder proveer las vacantes hasta tanto se produjera la organización de las nuevas plantas, dando prioridad a los docentes que se encontraran en las situaciones previstas en el artículo 38, quienes, si cumplían los requisitos para desempeñar el cargo, debían ser nombrados a las nuevas plantas, sin que hubiera lugar a exigencia adicional alguna pues, conforme al artículo 34, el cumplimiento de los requisitos de carrera docente y administrativa debe acreditarse “**para su incorporación definitiva a las plantas que se establezcan**”. En este orden de ideas y en armonía con los efectos extensivos de la sentencia C- 793 que se anotarán - hasta la vinculación definitiva por concurso -, el período de transición facultó los nombramientos en provisionalidad de quienes reuniendo los requisitos fueron designados en las plantas vigentes al momento de la expedición de la ley 715.

Respecto de los docentes contratados, los incisos tercero, cuarto y quinto, fijaron como término de la provisionalidad el año 2002, disposiciones que requieren algunas precisiones.

Como existía la contingencia de que las plantas pudieran adoptarse el primero o el último día del plazo – 21 de diciembre de 2001 a 21 de diciembre de 2003 –, el nombramiento provisional a que alude el artículo 38 podía recaer sobre cargos vacantes de las plantas existentes, o sobre cargos vacantes en las nuevas plantas. En el primer caso, la provisionalidad se prolongará hasta que se provea definitivamente el respectivo cargo por concurso, tal como lo contempló la Corte Constitucional en la sentencia C-793 de 2000. En el segundo, la situación es la misma aunque no se esta ya en presencia del período de transición sino en la plena aplicación del nuevo sistema del estatuto de Profesionalización Docente.

6.2.4.3. Duración de la provisionalidad según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La Corporación en sentencia C-793 de 2002 al fijar el alcance y sentido de esta norma, clarificó que la vinculación provisional de docentes, directivos

⁸⁰ El art. 13 del decreto 1278/02 regula la provisionalidad como forma de provisión de cargos previa a la designación definitiva por concurso.

Consulta. Radicación No. 1603

docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos a que alude tal precepto no corresponde sólo al período lectivo 2002 sino que, por mandato del artículo 125 de la Constitución, ella deberá mantenerse hasta tanto se provean por concurso de méritos los respectivos empleos de carrera. Al efecto señaló:

“13. Situación diferente se presenta en relación con la temporalidad de la vinculación provisional *“durante el año lectivo de 2002”* de los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos a que aluden los apartes demandados. Estima esta Corporación que la vinculación en provisionalidad de estos servidores públicos no puede restringirse a un período lectivo, puesto que los presupuestos constitucionales sobre la clasificación de los empleos y sobre la vinculación de los servidores públicos rechaza toda forma de provisión transitoria de empleos que tienda a perdurar indefinidamente.

En relación con los nombramientos provisionales, la jurisprudencia de esta Corporación se caracteriza por dos aspectos complementarios. *De un lado*, privilegia su temporalidad, a fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera administrativa se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano.⁸¹ En este sentido se rechazan las prórrogas injustificadas de los nombramientos provisionales, por cuanto *“la prórroga debe ser la estrictamente necesaria para que se superen las circunstancias que dieron lugar a la suspensión del concurso y, se debe proceder a reanudarlo en forma inmediata, de manera tal, que el concurso de méritos, sea el instrumento previo, idóneo y esencial, para la provisión de los cargos públicos; porque, de no ser así, se daría lugar a la aplicación de la responsabilidad disciplinaria y patrimonial, tanto de la autoridad nominadora que omite la aplicación de las normas de carrera, como de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el evento de que omite las funciones que la Constitución Política le ha otorgado. Por tanto, se debe garantizar ante todo, la continuidad del servicio público”*⁸². *De otro lado*, se reconoce una estabilidad relativa en el empleo a los empleados provisionales, mientras se provee el cargo por concurso, puesto que la estabilidad laboral de un empleado que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de encontrarse en provisionalidad, **de tal suerte que un empleado provisional no puede asimilarse, para efectos de su retiro del servicio, a un empleado de libre nombramiento y remoción, dado que es la naturaleza del empleo y el tipo de funciones que desempeñan sus titulares las que se aplican para diferenciar los empleos públicos.**⁸³

⁸¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-368 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-109 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

⁸³ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-800 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-368 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-109 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-1163 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; C-1146 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Consulta. Radicación No. 1603

Ambas medidas son complementarias y apuntan a los mismos fines: 1) evitar provisionalidades que injustificadamente se renuevan periódica y cíclicamente, y 2) incentivar a la Administración para que provea por concurso de méritos los empleos de carrera, tal como lo exige el artículo 125 de la Constitución.⁸⁴

Entonces, la limitación temporal que se fije a la vinculación provisional, lejos de establecer una prohibición para que los empleados provisionales puedan permanecer en el servicio, consagra una condición para que la administración culmine el proceso de selección para proveer regularmente y por concurso el respectivo empleo.

Siendo así, con la provisionalidad se permite a la administración garantizar la continuidad del servicio mediante la provisión transitoria, mas no circulante, de los empleos de carrera y, en contraprestación, le exige que adelante los trámites inherentes a la provisión por concurso de los empleos de carrera. Por lo tanto, la Corte concluye que la vinculación provisional de docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos a que aluden las normas acusadas, no corresponde al período lectivo 2002 sino que, por mandato del artículo 125 de la Constitución, ella deberá mantenerse hasta tanto se provean por concurso de méritos los respectivos empleos de carrera.”⁸⁵ (Destaca la Sala)

6.2.4.4 Requisitos que deben ser acreditados para los nombramientos en provisionalidad y para la incorporación definitiva a las plantas de personal⁸⁶

⁸⁴ El artículo 125, inciso primero, de la Constitución, establece como regla general el sistema de carrera al señalar que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”. No obstante esta remisión al legislador, no significa que la ley se encuentre habilitada para desconocer el principio general que consagra la Constitución, ni que los principios de orden sustantivo o los derechos fundamentales que la norma superior busca proteger. Ver: Corte Constitucional, sentencia C-109 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁸⁵ De otra parte, consideró la Corte que la exigencia temporal que contemplaba el inciso cuarto del artículo 38 en estudio y referente a la renovación de los contratos “*a más tardar el 1º de febrero de 2002*”, resultaba inconstitucional por cuanto, como lo dispone el artículo 357, la incorporación se producirá a partir del 1º de enero de 2002. “Por ello, se declarará la inexequibilidad de esta expresión.”. Así mismo preciso en lo referente a la excepción de vincular docentes cuando los contratos hayan sido suprimidos como resultado del proceso de reorganización del sector educativo o de la entidad territorial (inciso sexto del artículo 38), que es una medida razonable puesto que “la finalidad perseguida por la ley es la prestación del servicio de educación, por lo cual si las actividades que desarrollaba el docente ya no se cumplen por la entidad territorial en el lugar o en las condiciones en que el docente prestaba sus servicios o que por falta de usuarios del servicio se haya decidido la supresión de los contratos docentes, no existiría justificación objetiva y razonable para exigir al legislador hubiese impuesto la revinculación de docentes que ya no se requieren para la prestación del servicio por parte de una entidad territorial.”

⁸⁶ Cabe señalar que el artículo 40 otorgó competencias especiales a la Nación durante el período de transición, particularmente, la de “Fijar procedimientos y límites para la elaboración de las plantas de cargos docentes y administrativos por municipio y distrito, en forma tal que todos los distritos y municipios cuenten con una equitativa distribución de plantas de cargos docentes y administrativos de los

Consulta. Radicación No. 1603

El artículo 38 de la ley 715 de 2001 exige para designar en provisionalidad docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos vinculados mediante órdenes de prestación de servicios a 1º de noviembre de 2000, en los planteles educativos financiados con los recursos del Sistema General de Participaciones, que se acredite el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo. Tales designaciones pudieron producirse (i) entre la vigencia de la ley 715 – Diario Oficial 44.654 de diciembre 21/01 - y la promulgación del decreto 1278 - publicado en el Diario Oficial 44.840 del 20 de junio de 2002 –, las que se rigen por los requisitos previstos en la legislación vigente en este período (decreto 2277/79 y ley 115/94) o, (ii) con posterioridad a ésta, evento en el que se sujetan a los nuevos requisitos previstos en el decreto 1278 de 2002 ⁸⁷.

Ahora, si se dan los supuestos previstos en la primera hipótesis, la incorporación de tales servidores públicos a las plantas de personal organizadas de conformidad con el artículo 37 de la ley 715, debió hacerse sin solución de continuidad en la prestación del servicio, sin necesidad de una nueva vinculación para continuar en el ejercicio del cargo, manteniéndose la condición del nombramiento provisional, sin exigir nuevos requisitos – art. 34 inciso final -, sin que pueda entenderse producido el ingreso automático a la carrera docente. Además, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia señalada, la provisionalidad debe extenderse hasta que se provea el cargo definitivamente por concurso.

En efecto, los alcances de la sentencia C- 793 de 2002 implican que la vinculación provisional que era por un período determinado – año – 2002, por virtud de la extensión aludida, concedió estabilidad relativa al contratado, quien por lo mismo no está obligado a acreditar ningún requisito distinto a los exigidos para su incorporación inicial, pues la que se produzca con posterioridad- nueva planta - lo toma en las condiciones laborales que traía.

planteles educativos, atendiendo las distintas tipologías (...) 40.2. Fijar las plantas de personal en las entidades territoriales atendiendo a las relaciones técnicas establecidas.

⁸⁷ En la Directiva Ministerial 20 de 2003 se señala que “para los docentes y directivos docentes vinculados en propiedad antes de la vigencia del decreto ley 1278 de 2002, los requisitos serán los contemplados en el decreto 2277 de 1979, sus reglamentarios y la ley 115 de 1994.” De otro lado en esta misma directiva se precisa que “...los vicios en que se haya incurrido en procesos anteriores, no se subsanan con esta incorporación, salvo que las normas expresamente hayan dispuesto excepciones. // Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los establecimientos educativos, que a la fecha en la que se hace la incorporación no hayan participado en concurso alguno, cuando éste haya sido un requisito legal a la fecha en que fueron vinculados o que a la fecha de su vinculación no hayan cumplido con los requisitos legales para ejercer el cargo y se encuentren ejerciéndolo, deberán ser nombrados de manera provisional, hasta tanto se provean por concurso de méritos los respectivos empleos de carrera, de conformidad con las normas actuales que rigen la materia.” A este respecto en la Directiva Ministerial 003 de 2004 se indica que “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 incorporan a las nuevas plantas sin perjuicio de que puedan ser demandados los nombramientos realizados durante los últimos dos años, sin el cumplimiento de los requisitos legales contraviniendo lo dispuesto por el artículo 125 de la Constitución Política, y los artículos 105 y 107 de la ley 115 de 1994.// Igual consideración y análisis deberá adelantarse para el caso de quienes fueron nombrados en propiedad en cargos inexistentes.” Ver sentencia C- 313/03.

Consulta. Radicación No. 1603

Ahora, como la base para la incorporación inicial era el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo, de haberse desconocido este mandato, previa revisión de cada caso, deberá estudiarse la viabilidad de la revocatoria del nombramiento o la iniciación de las acciones contencioso administrativas pertinentes.

De otra parte, el entendimiento que debe dársele al párrafo del artículo 13 del decreto 1278, conforme al cual “Los educadores contratados por órdenes de prestación de servicio que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, serán regidos por las normas de este Estatuto y, por ende, nombrados provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001” comporta que se aplica sólo a los docentes nombrados provisionalmente a partir de la vigencia de tal decreto, pues, otra interpretación conduciría a reconocer efectos retroactivos a normas que aún no se habían expedido respecto de nombramientos provisionales realizados con anterioridad al decreto 1278.

6.3. Requisitos para concursar.- En relación con los requisitos exigibles para concursar, ellos son los previstos en el Nuevo estatuto Docente – decreto 1278 de 2002 -, conforme a lo dispuesto por el párrafo del artículo 24 de la ley 715 ya transcrito. Es el efecto propio de la ley, cuando no se han establecido normas de transición o excepcionalmente se le han otorgado alcances retroactivos a las normas precedentes, que no es el caso que ocupa a la Sala.⁸⁸ En relación con el tema de requisitos la Corte Constitucional en la referida sentencia C-793 de 2002, precisó:

“11. En lo referente al último de los elementos del empleo público antes señalados, se tiene establecido que los requisitos de los empleos pueden ser fijados por el Constituyente o por el legislador. Así lo ha expresado esta Corporación en diferentes oportunidades. Es el caso de la sentencia C-408-01 M.P. Jaime Araujo Rentería, en la cual se señaló que “Al hacer un análisis sistemático de estos preceptos constitucionales (C.P., arts. 125 y 150-23) resulta claro para la Corte que, con excepción de los empleos respecto de los cuales el mismo constituyente ha señalado los requisitos y calidades que deben reunir los aspirantes a ocuparlos que, generalmente son los más altos cargos del Estado, corresponde al Congreso establecerlos por medio de **ley**, sea cual fuere la clase o el nivel del empleo, esto es, de carrera, de libre nombramiento y remoción, o de concurso público”.

La fijación de los requisitos mínimos para los empleos tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de las funciones públicas y la consecución de los fines esenciales del Estado (C.P., arts. 1, 2, 125 y 209). Por tal razón, el desempeño de los empleos públicos, sea por nombramiento o por elección, exige el cumplimiento de los requisitos y calidades exigidas por la Constitución y la ley, como mecanismo de

⁸⁸ El período de transición, arts. 35 y 40 de la ley 715, no regulan esta materia.

Consulta. Radicación No. 1603

protección del interés general y del derecho a la igualdad de oportunidades.⁸⁹

Así mismo, en la jurisprudencia constitucional se ha hecho referencia al vínculo entre los requisitos de los empleos y los principios, valores y fines constitucionales. En la sentencia C-487 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se señaló que:

El buen éxito de la gestión estatal y, por ende, el bien común, dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de las personas a las que se confía la delicada responsabilidad de alcanzar las metas señaladas por la Constitución. Ello se expresa no solamente en el señalamiento previo y general de la forma como se accederá al desempeño del cargo, lo cual asegura la legitimidad de la investidura (elección o nombramiento), sino la previsión de las calidades y requisitos que debe reunir aquel en quien recaiga la designación, las cuales pueden ser señaladas directamente por la Constitución o, en sustitución de ella, por la ley, ya que es al legislador a quien corresponde establecer las normas generales aplicables al ejercicio de la función pública, sujetando eso sí todos sus mandatos a la preceptiva fundamental.

Igualmente, el cumplimiento de los requisitos del cargo hace parte de las condiciones para ejercer el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y para elegir, ser elegido y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (artículo 40, numerales 1º y 7º de la Constitución).

(...) Por lo tanto, como lo ha señalado esta Corporación, el artículo 40 de la Constitución no implica que todos los ciudadanos colombianos puedan ser elegidos para todos los cargos, ya que sólo pueden serlo aquellos que reúnan las calidades exigidas por la misma Constitución o por la ley para ejercer el respectivo cargo o función.

“El contenido de la norma constitucional invocada por el actor como infringida (C.P. art. 357, modificado por el A.L. 01/01), es del siguiente tenor:

Artículo 3º. El artículo 357 de la Constitución Política quedará así:
(...)

Por su parte, los incisos demandados del artículo 38 de la Ley 715 consagran tres grupos para la vinculación de manera provisional durante el año lectivo 2002 de los docentes, directivos docentes y

⁸⁹ En este sentido, en la sentencia C-592 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte expresó que “*En abstracto, la Ley puede establecer condiciones, requisitos y calidades para el ejercicio de los cargos públicos (C.P. art. 150-23). Del desempeño competente y eficiente de los mismos depende la realización de los fines del Estado. Esto justifica el establecimiento de exigencias para el acceso a la función pública, sin que ello signifique el desconocimiento de los derechos al trabajo o los derechos de participación política*”.

Consulta. Radicación No. 1603

funcionarios administrativos de los planteles educativos que cumplan las siguientes condiciones: *primer grupo –inciso cuarto del artículo 38 demandado:* a) estar contratados por órdenes de prestación de servicios en los departamentos y municipios a 1° de noviembre de 2000; b) cumplir los requisitos para el ejercicio del cargo; c) que sus contratos hubieran sido renovados en el año 2001 por el departamento o municipio. En este evento, mientras se produce la vinculación provisional, los departamentos y municipios deberán renovar los contratos a más tardar el 1° de febrero de 2002. *Segundo grupo –inciso quinto del artículo 38 demandado:* a) demostrar que estuvieron vinculados por órdenes de prestación de servicios por los departamentos o municipios, dentro de los dos meses antes y el 1° de noviembre de 2000; b) demostrar solución de continuidad dentro de ese período, y c) cumplir los requisitos del cargo. *Tercer grupo –inciso sexto del artículo 38 demandado:* a) encontrarse contratados en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios; b) cumplir los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo, y c) que sus contratos no hayan sido renovados en el 2001. En este evento serán vinculados provisionalmente previa identificación y verificación de requisitos, salvo que sus contratos hayan sido suprimidos como resultado del proceso de reorganización del sector educativo o de la entidad territorial.

Al contrastar la norma acusada con el referente constitucional invocado por el actor, se infiere que el legislador no se extralimitó en sus atribuciones al exigir que los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo, como condición para ser vinculados de manera provisional. Como se indicó, los servidores públicos no están exentos del cumplimiento de los requisitos del cargo fijados en la Constitución o la ley, pues se trata de una condición propia de los empleos públicos, de estirpe constitucional e inherente a los fines, principios y valores superiores.

Por ende, **la vinculación provisional no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo.** Por el contrario, el artículo 125 de la Constitución prescribe que “*el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de los requisitos*” y el nombramiento provisional constituye precisamente una de las modalidades de provisión de empleos de carrera, cuando el seleccionado no lo ha sido por concurso de méritos. Por lo tanto, en consideración a que la fijación de requisitos para el desempeño de un empleo público es independiente del proceso de selección de candidatos, nada se opone a que en ejercicio de los artículos 40, 125 y 150 numeral 23 de la Constitución, **el legislador reitere la exigencia de los requisitos del cargo para que éstos puedan ser provistos, así sea a través de nombramiento provisional o de nombramiento en período de prueba.**

Consulta. Radicación No. 1603

Siendo ello así, los apartes acusados del artículo 38 de la Ley 715 no vulneran el artículo 357 de la Constitución Política pues, como se indicó, **el proceso de selección es independiente de la fijación de requisitos mínimos para el desempeño de un empleo público.** Nada se opone a que, en ejercicio de los artículos 40, 125 y 150 numeral 23 de la Constitución, el legislador exija el cumplimiento de los requisitos del cargo para que éstos puedan ser provistos.”

7. Séptima etapa. El decreto 1278 de 2002.

El artículo 111.2 de la ley 715 ⁹⁰concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa ⁹¹ para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que “ingresen a partir de la promulgación de la presente ley ⁹², que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias”. Adviértase cómo desde aquí se precisa que el nuevo estatuto será aplicable a quienes aspiren ingresar a la carrera docente a partir de la vigencia de la ley. De suerte que quien no estaba inscrito en ella a tal fecha, como es el caso de los docentes nombrados provisionalmente y de los que venían con órdenes de prestación de servicios, tendrán que ajustarse a las nuevas disposiciones.

Se contempló además que el nuevo régimen de carrera docente y administrativa se denominará Estatuto de Profesionalización Docente y tomará en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: 1. mejor salario de ingreso a la carrera docente; 2. requisitos de ingreso; 3. escala salarial única nacional y grados de escalafón; 4. incentivos al mejoramiento profesional, desempeño en el aula, ubicación en zonas rurales apartadas, áreas de especialización; 5. mecanismos de evaluación, capacitación, permanencia, ascensos y exclusión de la carrera; 6. oportunidades de mejoramiento académico y profesional de los docentes; 7. asimilación voluntaria de los actuales docentes y directivos docentes contemplado en el Decreto-ley 2277 de 1979⁹³.

En desarrollo de tales atribuciones se expidió el decreto ley 1278 de 2002 – Estatuto de Profesionalización Docente- el cual contempló para los efectos que interesan a la presente consulta, las siguientes cuestiones:

- (i) Precisó que el objeto del Estatuto es regular las relaciones del Estado con los educadores a su servicio, “garantizando que la docencia sea ejercida por educadores idóneos, partiendo del reconocimiento de su formación, experiencia, desempeño y competencias como los atributos esenciales que orientan todo lo referente al ingreso,

⁹⁰ Ver sentencias C-617 y C-618 de 2002.

⁹¹ El artículo 67 del decreto 1278/02 dispuso que el personal administrativo de los establecimientos educativos estatales se regirán por las normas que regulan la vinculación y administración del personal de carrera administrativa, conforme a lo dispuesto por la ley 443 de 1998 y demás normas que la modifiquen, sustituyan y reglamenten.

⁹² En igual sentido el párrafo del art. 24 de la ley 715.

⁹³ “Para la preparación del proyecto de Estatuto de Profesionalización Docente, el Ministerio de Educación Nacional conformará un grupo de trabajo integrado por dos representantes del Honorable Congreso de la República, dos representantes de la Federación Colombiana de Educadores, dos expertos designados por el señor Presidente de la República, y el Ministro de Educación Nacional, quien presidirá el grupo. Elegido un nuevo Presidente de la República, éste designará a una persona para que integre dicho grupo de trabajo.”

Consulta. Radicación No. 1603

permanencia, ascenso y retiro del servidor docente y buscando con ello una educación con calidad y un desarrollo y crecimiento profesional de los docentes” – art. 1º.

(ii) Se definió que las normas del nuevo estatuto se aplicarían a quienes se vinculen a partir de la vigencia del decreto para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes sean asimilados de conformidad con lo dispuesto en esta misma norma – art. 2º. – . Sobre el particular, recuérdese que el artículo 111.2 de la ley 715 ⁹⁴ concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que “ingresen a partir de la promulgación de la presente ley”, por lo que a juicio de la Sala, se repite, el nuevo estatuto se aplica a quienes aspiren ingresar a la carrera docente a partir de la vigencia de la ley.

De suerte que quien no estaba inscrito en carrera en tal época - docentes vinculados provisionalmente y los que venían con órdenes de prestación de servicios - tendrán que ajustarse a las nuevas disposiciones, por no estar vinculados a la carrera.

En este sentido, el parágrafo del artículo 66 ordena que el procedimiento de asimilación será reglamentado “una vez se provean en propiedad los cargos que hoy están siendo provistos por contrato de prestación de servicios o en provisionalidad”, lo cual indica la obligatoriedad previa del concurso y da alcance a la prioridad establecida en el artículo 38 de la ley 715, la que además implica no sólo que en igualdad de condiciones la administración habrá de preferir a quienes venían prestando los servicios en las modalidades mencionadas para la incorporación en planta hasta la culminación del concurso y una vez elaborada la lista de elegibles privilegiar a quien venía prestando sus servicios mediante contratación frente a quien no lo estaba.

(iii) Modificó sustancialmente el sistema de ingreso y el escalafonamiento; así se dispuso que los educadores estatales ingresarán primero al servicio, y si superan satisfactoriamente un período de prueba se inscribirán en el Escalafón Docente, de acuerdo con lo dispuesto en ese decreto – art. 2º. -⁹⁵.

(iv) Catalogó como profesionales de la educación a “las personas que poseen título profesional de licenciado en educación expedido por una institución de educación superior; los profesionales con título diferente, legalmente habilitados para ejercer la función docente de acuerdo con lo dispuesto en este decreto; y los normalistas superiores” – art. 3º- ⁹⁶.

(v) Estableció nuevas exigencias para el ingreso al servicio educativo estatal. En efecto, el artículo 7º contempló que a partir de la vigencia del decreto se requiere poseer título de licenciado o profesional expedido por una institución de educación superior debidamente reconocida por el Estado o título de normalista superior y, en ambos casos,

⁹⁴ Ver sentencias C-617 y c-618 de 2002.

⁹⁵ Ver sentencias C -313 y C-895 de 2003

⁹⁶ Ver sentencia C-313 de 2002

Consulta. Radicación No. 1603

superar el concurso de méritos que se cite para tal fin, debiendo ejercer la docencia, en el nivel educativo y en el área de conocimiento de su formación⁹⁷.

La Sala considera que los docentes que fueron nombrados provisionalmente, bien porque así hubiera sido su vinculación inicial ora como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 715, tienen que cumplir los requisitos previstos en el artículo 7° si aspiran a ingresar al sistema educativo estatal.

(vi) Se definió el concurso para ingreso al servicio educativo estatal como “el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de aptitudes, experiencia, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera docente, se determina su inclusión en el listado de elegibles y se fija su ubicación en el mismo, con el fin de garantizar disponibilidad permanente para la provisión de vacantes que se presenten en cualquier nivel, cargo o área de conocimiento dentro del sector educativo estatal” – art. 8°- .

(vii) En relación con las etapas del concurso se precisó que cuando no exista el listado de elegibles respectivo, la entidad territorial certificada convocará a concurso público y abierto para cargos docentes y directivos docentes, el cual se realizará según reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, y tendrá las siguientes etapas: “a) Convocatoria; b) Inscripciones y presentación de la documentación; c) Verificación de requisitos y publicación de los admitidos a las pruebas; d) Selección mediante prueba de aptitudes y competencias básicas, la cual tiene por objeto la escogencia de los aspirantes más idóneos que harán parte del correspondiente listado de elegibles; e) Publicación de resultados de selección por prueba de aptitud y competencias básicas; f) Aplicación de la prueba psicotécnica, la entrevista y valoración de antecedentes; g) Clasificación. Tiene por objeto establecer el orden en el listado de elegibles, según el mérito de cada concursante elegible, asignando a cada uno un lugar dentro del listado para cada clase de cargo, nivel y área del conocimiento o de formación, para lo cual se tendrán en cuenta los resultados de la prueba de aptitudes y competencias básicas; la prueba psicotécnica; la entrevista y la valoración de antecedentes. Para los directivos se calificarán los títulos de postgrado relacionados con las funciones del cargo y la experiencia adicional; h) Publicación de resultados; i) Listado de elegibles por nivel educativo y área de conocimiento, en orden descendente de puntaje para cada uno de ellos” – art. 9°.- .

(viii) El Gobierno Nacional reglamentará cada una de las etapas del concurso, la elaboración de las pruebas de selección y señalará los puntajes correspondientes para la selección y clasificación – par. Art. 9°.⁹⁸ -

(ix) En materia de nombramientos se prevé que cuando se produzca una vacante en un cargo docente o directivo docente, el nominador deberá proveerla mediante acto administrativo con quien ocupe el primer lugar en el respectivo listado de elegibles del concurso⁹⁹ – art. 11 -. “Sólo en caso de no aceptación voluntaria de quien ocupe el

⁹⁷ Quienes posean título de normalista superior expedido por una escuela normal superior reestructurada, expresamente autorizada por el Ministerio de Educación Nacional, podrán ejercer la docencia en educación primaria o en educación preescolar.

⁹⁸ Ver proceso D-4467 de 2003 de la Corte Constitucional.

⁹⁹ Parágrafo. Los listados de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años, contados a partir de su publicación.

Consulta. Radicación No. 1603

primer lugar, se podrá nombrar a los siguientes en estricto orden de puntaje y quien rehúse el nombramiento será excluido del correspondiente listado”.

(x) Se consagra que la persona seleccionada por concurso abierto para un cargo docente o directivo docente será nombrada en período de prueba hasta culminar el correspondiente año escolar en el cual fue nombrado, siempre y cuando haya desempeñado el cargo por lo menos durante cuatro (4) meses. “Al terminar el año académico respectivo, la persona nombrada en período de prueba será sujeto de una evaluación de desempeño laboral y de competencias. Aprobado el período de prueba por obtener calificación satisfactoria en las evaluaciones, el docente o directivo docente adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Escalafón Docente, de acuerdo con lo dispuesto en el presente decreto.” – art. 12¹⁰⁰ -. En estas condiciones el proceso para ingresar a la carrera docente varía sustancialmente en relación con el sistema previsto en el decreto 2277 de 1979, pues, en éste, primero se daba el escalafonamiento, luego el nombramiento y la posesión para ingresar a la carrera docente ¹⁰¹. En la nueva reglamentación primero se surte el concurso, se aprueba el período de prueba, se adquieren derechos de carrera y se da la inscripción en el escalafón ¹⁰². Este es el proceso que debe llenar el docente que aspire ingresar a la carrera a partir de la vigencia del decreto 1278 de 2002.

(xi) Se establece el nombramiento provisional para proveer transitoriamente empleos docentes, con personal que reúna los requisitos del cargo, en los siguiente casos: “a) En vacantes de docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa. En este caso deberá hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo; b) En vacantes definitivas, el nombramiento provisional será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso” – art. 13 -. Es pues sólo hasta este momento que se establece la provisionalidad en la carrera docente en términos similares, más no idénticos, a los de la carrera administrativa general. La provisionalidad prevista en el artículo 38 de la ley 715, se repite, era *sui generis*; en un comienzo únicamente para el año 2002 y específicamente destinada a los docentes que venían contratados con órdenes de prestación de servicios, cuyos efectos fueron ampliados en el tiempo por virtud de lo dispuesto por la Corte Constitucional, como quedó dicho, y que difiere de la provisionalidad contemplada en el

¹⁰⁰ Ver sentencia C-403 de 2003.

¹⁰¹ La Sala en esta comparación no alude a las normas que establecieron el concurso: decretos 1706/89, 1140/95 y ley 115/94.

¹⁰² “Artículo 19. Escalafón docente. Se entiende por Escalafón Docente el sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes estatales de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y competencias, constituyendo los distintos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad demostrada en su labor y permitiendo asignar el correspondiente salario profesional. La idoneidad encierra el conjunto de conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes, rendimiento y valores que se consideran imprescindibles para el desempeño de la función docente. Artículo 20. Estructura del escalafón docente. El Escalafón Docente estará conformado por tres (3) grados. Los grados se establecen con base en formación académica. Cada grado estará compuesto por cuatro (4) niveles salariales (A - B - C - D).”

Consulta. Radicación No. 1603

artículo 13 del decreto 1278, que es general y aplicable a todos los eventos en que sea necesario proveer transitoriamente empleos docentes.

(xii) Se define la carrera docente como “el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector estatal. Se basa en el carácter profesional de los educadores; depende de la idoneidad en el desempeño de su gestión y de las competencias demostradas; garantiza la igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos para el efecto; y considera el mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia, la promoción en el servicio y el ascenso en el Escalafón.” Se resalta entonces que fue querer del legislador extraordinario garantizar el ingreso a la carrera docente con base en el mérito y en condiciones de igualdad de oportunidades para todas las personas. Expresamente, con relación a las personas que tenían nombramientos provisionales, el inciso final del artículo 13 del decreto 1278 dispuso que “para ser vinculados en propiedad y gozar de los derechos de carrera deben superar el concurso de méritos y obtener evaluación satisfactoria del período de prueba, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto.” De suerte que, no se estableció un sistema automático de ingreso a la misma, para quienes venían con un nombramiento provisional o con contratos de prestación de servicios. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia 030 de 1997, al declarar la inexecutable del artículo 5° de la ley 61 de 1987 y 22 de la ley 27 de 1992, que preveían el ingreso automático a la carrera administrativa general consideró que tal prerrogativa era violatoria del derecho a la igualdad y desnaturalizaba el sistema.

No se desconoce, por lo demás, que la Corte ha establecido excepciones a esta regla – nombramientos en zonas de difícil acceso –, las que sólo se justifican cuando con esta determinación se causa un beneficio mayor a la comunidad, situación que no acontece en cuanto se estime viable la incorporación automática e indiscriminada de todos los docentes vinculados al servicio, desconociéndose que el régimen legal pretende atraer y retener los servidores más idóneos, y promover el desarrollo profesional y el mejoramiento continuo de los educadores – art. 17 –, en igualdad de condiciones y oportunidades. Así, el legislador fue claro al consagrar que a partir de la vigencia de la ley 715 sólo gozarán de los derechos y garantías de la carrera docente los educadores estatales que sean seleccionados mediante concurso, superen satisfactoriamente el período de prueba y sean inscritos en el Escalafón Docente – art. 18 –, sin perjuicio de los derechos adquiridos.

En efecto, respecto de la incorporación automática de docentes en zona de difícil acceso la Corte en sentencia C-562 de 1996 respecto el parágrafo 1° del artículo 105 de la ley 115 de 1994 sostuvo :

“Por consiguiente, el examen constitucional de la admisibilidad de ese mecanismo debe ser estricto, por lo cual la Corte concluye que una incorporación automática a una carrera administrativa sólo es legítima si se trata de un mecanismo necesario para que el Estado pueda alcanzar objetivos estatales imperiosos (...)

15- La finalidad perseguida por la norma legal bajo revisión cumple ese requisito pues, como ya se señaló, la obligación estatal de prestar el servicio de educación básica es impostergable. Igualmente, la Corte

Consulta. Radicación No. 1603

considera que el mecanismo de incorporación automática resulta en este caso necesario pues no aparecen claramente otros instrumentos menos lesivos de la igualdad de oportunidades y del sentido de la carrera administrativa, y que fueran también idóneos para alcanzar ese mismo objetivo constitucional. En efecto, la ley exige que el personal que preste servicio de educación se encuentre vinculado a la carrera, por lo cual, como existen grandes dificultades para satisfacer las necesidades del servicio de educación básica en las zonas de difícil acceso con personal de carrera vinculado por medio de concurso, y este servicio, conforme a la Carta, es impostergable, resulta admisible vincular al escalafón docente a quienes ya estén laborando en la zona, se encuentren en comprobado proceso de profesionalización y reúnan los otros requisitos exigidos por la ley, tal y como lo señala el párrafo impugnado.

16- Sin embargo, esa vinculación automática no puede ser pura y simple, por cuanto de esa manera se afectaría en forma innecesaria y desproporcional la igualdad de oportunidades y los principios propios de la carrera administrativa, ya que el docente entraría al escalafón pero podría inmediatamente solicitar un traslado a otras zonas en donde no existan las mencionadas dificultades para que el Estado satisfaga el servicio de educación básica, ni haya por ende esos especiales requerimientos de personal de carrera. Por consiguiente, es necesario concluir que el mecanismo previsto por el párrafo sólo es constitucional si se le considera como absolutamente excepcional, esto es, como un instrumento extraordinario que sólo se admite por las dificultades para garantizar la continuidad del servicio de educación básica en las zonas de difícil acceso. En efecto, no se puede olvidar que esta vinculación automática afecta la igualdad de oportunidades que, en una concepción básica de justicia en un Estado social de derecho (CP arts 1º y 2º), desempeña un papel determinante.”¹⁰³

Por tanto, no es posible generalizar la excepción¹⁰⁴ y, en este orden, la Corte Constitucional en sentencia C- 045 de 1998, como se reitera, consideró que quienes tienen suscrito contrato de prestación de servicios con los distintos entes territoriales, no

¹⁰³ El párrafo del artículo 7º disponía que “ El Gobierno Nacional determinará los casos y términos en que, por tratarse de zonas de difícil acceso, poblaciones especiales o áreas de formación técnicas o deficitarias, puedan vincularse provisionalmente al servicio educativo personas sin los títulos académicos mínimos señalados en este artículo, pero sin derecho a inscribirse en el escalafón docente.” Norma declarada inexecutable en sentencia C-313 de 2003 por desconocimiento de la reserva legal.

¹⁰⁴ Sent. C- 562/96: “Sin embargo, esa vinculación automática no puede ser pura y simple, por cuanto de esa manera se afectaría en forma innecesaria y desproporcional la igualdad de oportunidades y los principios propios de la carrera administrativa, ya que el docente entraría al escalafón pero podría inmediatamente solicitar un traslado a otras zonas en donde no existan las mencionadas dificultades para que el Estado satisfaga el servicio de educación básica, ni haya por ende esos especiales requerimientos de personal de carrera. Por consiguiente, es necesario concluir que **el mecanismo previsto por el párrafo sólo es constitucional si se le considera como absolutamente excepcional**, esto es, como un instrumento extraordinario que sólo se admite por las dificultades para garantizar la continuidad del servicio de educación básica en las zonas de difícil acceso. En efecto, no se puede olvidar que esta vinculación automática afecta la igualdad de oportunidades que, en una concepción básica de justicia en un Estado social de derecho (CP arts 1º y 2º), desempeña un papel determinante.”

Consulta. Radicación No. 1603

pueden ingresar automáticamente a la carrera docente, ni hay posibilidad de celebrar en tales casos concursos cerrados, pues, no hay ninguna circunstancia de justificación para ello ¹⁰⁵. La regla general para acceder a la función pública es la realización de **concursos públicos o abiertos**.

(xiii) Se contempla que la carrera será administrada y vigilada por las entidades territoriales certificadas, las cuales, a su vez, conocerán en primera instancia de las reclamaciones que se presenten en relación con su aplicación. La segunda instancia corresponderá a la Comisión Nacional del Servicio Civil¹⁰⁶. Como quiera que el órgano autónomo previsto en el artículo 130 constitucional no se ha conformado¹⁰⁷, bien vale la pena reflexionar acerca de la viabilidad de iniciar el proceso de selección sin estar vigente la nueva ley general de carrera y, por consiguiente no estar constituida la Comisión Nacional del Servicio Civil, presupuesto para garantizar la operatividad en todo su rigor de la carrera docente, ante la ausencia del órgano que debe conocer en segunda instancia de las reclamaciones que se presenten en relación con la aplicación de la misma.¹⁰⁸

(xiv) El decreto contempló en el artículo 65 la posibilidad de que los educadores con título profesional inscritos en el escalafón docente de conformidad con el Decreto-ley 2277 de 1979 y vinculados en propiedad a un cargo docente o directivo docente estatal,

¹⁰⁵ Es más, en la misma sentencia C-562 de 1996 se precisó que “...el sistema de concurso resulta imperativo para ingresar al Escalafón Nacional Docente; el nombramiento que no siga lo resuelto en el concurso no produce efecto alguno, nos dice a continuación el artículo 107 (...) la carrera docente (...) como una manifestación concreta de la carrera administrativa, no puede ser ajena al sentido garantista y proteccionista que debe adoptar el aparato estatal en procura de cumplir de la mejor manera el cometido asignado por la Constitución. Esta Corte observa cómo con la instauración en el precitado artículo 105 del sistema del concurso para vincularse al servicio educativo, los fines de la carrera docente se ven asegurados: el concepto de mérito se constituye así en la piedra angular de todo el sistema de educación estatal. (...) La Corte ha considerado que en principio no se puede aplicar la prerrogativa de la estabilidad a quienes no se encuentran vinculados al servicio docente estatal mediante concurso, por lo cual los mecanismos de incorporación automática no son en general admisibles, pues violan la igualdad de oportunidades y el sentido mismo de la carrera administrativa (CP art. 13 y 125). Así, esta Corporación, al estudiar la exequibilidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, manifestó lo siguiente frente a un artículo que incorporaba automáticamente al sistema de la carrera judicial, a todo aquel que hubiese sido nombrado en propiedad en un cargo para un período fijo o a término indefinido: ‘Con esta medida se estaría permitiendo que las personas que señala la disposición gocen de los beneficios y de la estabilidad que conlleva el sistema de carrera, sin haber tenido necesidad de concursar o de demostrar frente a otros candidatos sus aptitudes, conocimientos y preparación profesional. Repárese, además, en que una cosa es haber sido nombrado en un cargo y otra ingresar al sistema de carrera, pues lo primero no implica necesariamente lo segundo. Lo anterior constituye para la Corte una palmaria vulneración al derecho a la igualdad y se convierte en una excepción que desconoce flagrantemente el propósito esencial del artículo 125 superior, al determinar como regla general para vincularse a los empleos estatales, el concurso público. Sentencia C-037/96”

¹⁰⁶ Ver proceso D4467 de 2003 y parágrafo 1º artículo 4º ley 443 de 1998, en armonía con la nueva ley de carrera – pendiente de sanción -

¹⁰⁷ Ver sentencia C-372 de 1999.

¹⁰⁸ En el texto aprobado en la comisión de conciliación el día 17 de junio de 2004 al proyecto de ley no. 233/04 senado 216 de 2003 Cámara y su acumulado no. 262 de 2003 Cámara, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”, se precisa: “Artículo 3. Campo de aplicación de la presente Ley. (...) Las disposiciones contenidas en esta Ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como: (...) El que regula el personal Docente.”

Consulta. Radicación No. 1603

podieran asimilarse al nuevo escalafón si se someten a la misma evaluación de desempeño y de competencias realizadas para superar el periodo de prueba aplicadas a los educadores que poseen su misma formación profesional¹⁰⁹.

(xv) En materia salarial y prestacional el artículo 46 del decreto 1278 de 2002 dispone:

“Salarios y prestaciones. El Gobierno Nacional, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, establecerá la escala única nacional de salarios y el régimen prestacional para los docentes escalafonados, de acuerdo con el grado y nivel que acrediten en el Escalafón Docente de conformidad con el presente **decreto**; y según el título que acrediten, para los docentes nombrados en provisionalidad o en período de prueba; lo mismo que las remuneraciones adicionales para los directivos docentes, de acuerdo con los niveles educativos y el tamaño de la institución educativa que dirijan.

El salario de ingreso a la carrera docente debe ser superior al que devengan actualmente los educadores regidos por el **decreto-ley 2277** de 1979.”

La Sala comparte el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C- 313 de 2003 al conocer de la demanda de inconstitucionalidad de esta norma:

“La Corte debe reiterar ahora en relación con el artículo 46 del Decreto 1278 de 2002, en el que se establece un tratamiento diferente en materia salarial para los docentes que se vinculen al nuevo régimen, que la regulación prevista en la norma acusada tampoco viola dicho principio – se refiere al de ‘a trabajo igual salario igual’ -, pues ella se establece precisamente en función de la diferente situación que se presenta en relación con la financiación del servicio educativo. En efecto, la sujeción de la participación de las entidades territoriales en los ingresos de la Nación al sistema general de participaciones configurado por el Constituyente, tiene una incidencia directa en la financiación de los servicios que legalmente están a cargo de tales entidades, y como un aspecto esencial de esa financiación está relacionada con los costos laborales, bien puede el legislador considerar que es necesario fijar unas nuevas condiciones salariales para el ingreso a la carrera docente, sin que ello signifique que se esté discriminado a los educadores a quienes no se les aplica el nuevo régimen.

2) Ahora bien, la Corte recuerda que, como se señaló en las consideraciones preliminares del presente acápite, no es posible comparar prestaciones específicas entre regímenes laborales diferentes.

¹⁰⁹ “Los educadores que quieran asimilarse al nuevo escalafón y obtengan calificación satisfactoria en esta prueba, serán inscritos en el nuevo escalafón en el grado que les corresponda de conformidad con la formación que acrediten de acuerdo con el artículo 20 de este decreto, y serán ubicados en el primer nivel salarial de dicho grado, debiendo superar las otras evaluaciones y tiempos para cambiar de nivel salarial”. Ver sentencia C-313 de 2003. Concordante art. 66

Consulta. Radicación No. 1603

3.) Podría argüirse que los educadores que ingresan a la carrera docente, cualquiera sea el régimen que les resulte aplicable, cumplen la misma función y por tanto deberían ser remunerados de igual forma. Así, podría sostenerse que un servidor regido por el Decreto 2277 de 1979 que se vinculó a la carrera docente unos días antes de la expedición del Decreto 1278 de 2002, debería recibir el mismo salario de ingreso de quien se haya vinculado para cumplir idénticas funciones días después de la expedición de este último decreto, y ello en aplicación del principio “a trabajo igual, salario igual”.

Empero, la Corte llama la atención sobre el hecho de que dicho argumento no resulta de recibo porque no solamente en este caso los servidores se están vinculando a escalafones diferentes, en los que se establecen requisitos de ingreso y mecanismos de permanencia y ascenso que son diferentes, sino que como se recordó en los apartes preliminares de este acápite el principio referido no se aplica, cuando existen razones objetivas que justifican una diferencia de trato, como sucede en el presente caso.

La Corte debe reiterar que una determinada disposición es discriminatoria solamente si no se puede justificar razonablemente el trato diferencial que ella establece respecto de dos situaciones similares, en otras palabras, cuando ante situaciones iguales se da un tratamiento jurídico diferente sin justificación alguna. En sentido contrario, no se discrimina a una persona cuando las hipótesis sobre las cuales recae la supuesta discriminación son disímiles”¹¹⁰.

Téngase en cuenta que los derechos adquiridos de los docentes que actualmente se rigen por el Decreto 2277 de 1979, se predicán en relación con dicho régimen necesariamente, y no con el nuevo.”

En estas condiciones es evidente que las diferencias de orden salarial y prestacional pueden presentarse frecuentemente sin que ello implique violación al derecho a la igualdad. Así, la remuneración de quienes fueron vinculados en vigencia del decreto 2277 de 1979, por haber sido designados conforme al artículo 38 en el lapso comprendido entre la expedición de la ley 715 y la publicación del decreto 1278, es la prevista en el decreto 2277¹¹¹. Los que lo fueron con posterioridad, se someten a las prescripciones del artículo 46 del decreto 1278 de 2002¹¹².

(xvi) Mediante el decreto 3391 de 2003¹¹³, “ se reglamentan los concursos que rigen para la carrera docente y se determinan criterios, contenidos y procedimientos para su aplicación” .

108 Sentencia C-994/01. M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹¹¹ Ver decreto 3621 de 2003.

¹¹² Ver decreto 768 de 2004.

¹¹³ Expedido en uso de las facultades conferidas por el numeral 5.7 del artículo 5° de la Ley 715 de 2001 y el artículo 9° del decreto-ley 1278 de 2002.

Consulta. Radicación No. 1603

Educadores no oficiales.- Debe resaltarse que el precepto del artículo 4° del decreto 2277 de 1979 dispuso que a los educadores no oficiales se les aplican “las normas del Código Sustantivo del Trabajo, los pactos y convenciones colectivas y los reglamentos internos, según el caso”.

Respecto del Escalafón Docente, se surtieron modificaciones importantes con el decreto 1278 de 2002, en tanto dispuso que por él se entiende el sistema de clasificación **“de los docentes y directivos docentes estatales”**¹¹⁴ y que para inscribirse en él es necesario que los **“educadores estatales”** ingresen primero al servicio y luego superen satisfactoriamente el período de prueba - arts. 2° y 19 -. De otra parte, el campo de aplicación previsto en el artículo 2° ibídem, cubre únicamente a “quienes se vinculen a partir de la vigencia del presente decreto **para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado.**” Así mismo, el artículo 65 del mismo estatuto prevé que los educadores con título profesional inscritos en el escalafón docente de conformidad con el decreto 2277 de 1979 y vinculados en propiedad a un cargo docente o directivo docente **estatal podrán asimilarse al nuevo escalafón** y el 66 que para ser asimilado a éste se requiere renunciar al cargo anterior y ser nombrado de nuevo. Además, el artículo 68 del 1278 señala que el régimen laboral aplicable a los educadores de los establecimientos educativos privados, será el establecido en el Código Sustantivo del Trabajo y en “los reglamentos internos y que en lo sucesivo las personas que integren la planta de personal de los mismos se sujetarán a lo dispuesto por el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control de la educación y las normas reglamentarias que expida el Gobierno Nacional sobre el funcionamiento de este tipo de instituciones, para garantizar la idoneidad de las mismas y la calidad de la educación ofrecida.”¹¹⁵

La Sala responde

1°.- De conformidad con el artículo 34 de la ley 715 de 2001 - en armonía con las demás disposiciones concordantes citadas en la parte motiva - los docentes y directivos docentes estatales, contratados a 1° de noviembre de 2000 mediante órdenes de prestación de servicios, podrán ser incorporados mediante nombramiento de manera definitiva a las plantas de personal – adoptadas el 31 de diciembre de 2003 –, una vez superado el concurso que se convoque al efecto, previa acreditación de los requisitos previstos en el decreto ley 1278 de 2002, dictado en desarrollo de lo contemplado en la ley en cita.

¹¹⁴ El legislador en el decreto 1278 regula las relaciones del Estado con los docentes y directivos docentes a su servicio. En punto a los resultados y consecuencias de la evaluación de competencias, el artículo 36 dispone que los directivos docentes que obtengan calificación insatisfactoria serán excluidos del escalafón y quienes obtenga una inferior a determinado porcentaje por dos años consecutivos, “serán regresados a la docencia una vez exista vacante, si provenían de la docencia estatal (...) Si no provenían de la docencia estatal, serán excluidos del Escalafón Docente y retirados del servicio”.

¹¹⁵ En sentencia C-918 de 2002, la Corte sostuvo: “Ahora bien, es obvio que la carrera docente pública está estrechamente ligada al escalafón docente, pero no se confunden, como lo demuestra el hecho de que el escalafón docente también puede amparar, en sus beneficios, a los educadores privados, tal y como lo establecen las normas pertinentes, y tal y como esta Corte ya lo ha analizado¹¹⁵. Igualmente, tal y como esta Corte también lo ha explicado¹¹⁵, los educadores que posean un título docente o que acrediten estar inscritos en el escalafón nacional docente, pueden ser nombrados como educador en planteles oficiales de educación, según los requerimientos de cada uno de los distintos niveles que conforman el Sistema Educativo Nacional. Pero la inscripción en el escalafón no implica que ese docente se convierta inmediatamente en servidor público. Todo lo anterior significa que una persona puede estar inscrita en el escalafón docente sin ser servidor público, y sin pertenecer por ende a la carrera docente.”

Consulta. Radicación No. 1603

2º.- El artículo 38 de la ley 715 de 2001 exige para designar en provisionalidad docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos vinculados mediante órdenes de prestación de servicios, en los planteles educativos financiados con los recursos del Sistema General de Participaciones, que se acredite el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo. Tales designaciones pudieron producirse entre la vigencia de la ley 715 y la promulgación del decreto 1278 - publicado en el Diario Oficial 44.840 del 20 de junio de 2002 -, las que se rigen por los requisitos previstos en la legislación anterior (decreto 2277/79 y ley 115/94), o con posterioridad a la vigencia del decreto 1278, evento en el que se sujetan a los requisitos en él previstos, los que de ser reunidos habilitan para concursar.

El cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo es condición indispensable para acceder a la función pública.

Si no se cumplen los requisitos para el desempeño del cargo la administración deberá estudiar en cada caso la procedencia de aplicar la causal de revocatoria del nombramiento prevista en el literal j) del artículo 63 del decreto 1278 de 2002.

3º.- Tal como se afirmó en la respuesta anterior, si no se cumplen los requisitos para el desempeño del cargo la administración deberá en cada caso determinar la viabilidad de aplicar la causal de revocatoria del nombramiento prevista en la norma citada. El cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo es condición indispensable para acceder a la función pública.

4º.- El artículo 38 de la ley 715 de 2001 contempló nombramientos provisionales sui generis. De esta manera, ellos pudieron haberse producido, de un lado, con anterioridad a la expedición del decreto 1278 de 2002, caso en el cual la remuneración debe corresponder al grado en el escalafón dispuesto en el decreto 2277 de 1979 hasta que se provea el cargo por concurso y, de otro, en vigencia del decreto 1278, evento en el cual la remuneración se fijará conforme lo prevé su artículo 46.

5º.- La simple inscripción en el escalafón a la luz de la preceptiva contenida en el decreto 2277 de 1979 no da derecho a gozar de las prerrogativas de la carrera docente. La persona que aspire ingresar de manera definitiva a la carrera docente establecida en el decreto 1278 de 2002 debe cumplir con el proceso de selección allí previsto.

Transcríbase a la señora Ministra de Educación Nacional. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE
Presidente de la Sala

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

GUSTAVO APONTE SANTOS

GLORIA DUQUE HERNANDEZ

ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala