

**PERSPECTIVA DE NORMALISTAS Y BACHILLERES PEDAGÓGICOS
ESCALAFONADOS A LA LUZ DE LAS REFORMAS EDUCATIVAS Y EN
ESPECIAL EL DECRETO 1278 DE 2002**

**ANDREA MELISSA ANDRADE RUIZ
FREDY CHITAN CADENA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO – JURÍDICOS
SAN JUAN DE PASTO
2006**

**PERSPECTIVA DE NORMALISTAS Y BACHILLERES PEDAGÓGICOS
ESCALAFONADOS A LA LUZ DE LAS REFORMAS EDUCATIVAS Y EN
ESPECIAL EL DECRETO 1278 DE 2002**

**ANDREA MELISSA ANDRADE RUIZ
FREDY CHITAN CADENA**

**Trabajo de Grado para optar el Título de Especialistas en Derecho
Administrativo**

**Asesor
Dr. JOSE EDUARDO ORTIZ VELA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO – JURÍDICOS
SAN JUAN DE PASTO
2006**

“Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son de
responsabilidad exclusiva del autor”

Artículo 1º del acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1996.

Emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño

NOTA DE ACEPTACIÓN

APROBADO

JAIME MEJIA

Jurado

GERMAN CORDOBA

Jurado

JOSE EDUARDO ORTIZ VELA

Asesor

San Juan de Pasto, Noviembre 8 de 2006

*El presente trabajo es un peldaño mas en nuestras
vidas profesionales,
ha sido posible gracias a Dios,
quien siempre me acompaña,
al apoyo de mis padres,
en especial el de mi Madre,
que ha sido la persona que siempre
se ha esforzado y nos ha impulsado
para que salgamos adelante,
a mi padre con su prudencia y apoyo,
se que siempre esta conmigo,
a mi hermano infaltable.
A las personas que nos colaboraron
en la realización de este proyecto,
y a Jair quien ha sido un apoyo constante.*

ANDREA MELISSA

*A Dios, a mi amor Katherine,
a mis padres por sus consejos
a mi hermano Dany Alexander por su ejemplo,
a mi hermanita Diana Lucia por su fe
a todos los elegidos,
a todos los llamados e iluminados
a los caídos en el campo de la lid
les dedico este pequeño trabajo
con los siguientes versos:*

*Yo soy el viento que sopla sobre las aguas;
Yo soy la ola del océano;
Yo soy el murmullo de las olas;
Yo soy el buey de los siete combates;
Yo soy el buitre en la montaña;
Yo soy una lágrima del sol;
Yo soy la más hermosa de las plantas;
Yo soy un valiente jabalí salvaje.
Yo soy un salmón en el agua.
Yo soy un lago de la llanura.*

*Yo soy la palabra certera;
Yo soy la lanza que hiere en la batalla;
Yo soy el dios que crea o forma en la cabeza del hombre el fuego del
pensamiento.*

*¿Quién es el que ilumina la asamblea en la montaña, si no yo?
¿Quién conoce las edades de la luna, si no yo?
¿Quién muestra el lugar dónde el sol va a descansar si no yo?
¿Quién llama al ganado de la Casa de Tethra?
¿A quién sonrío el ganado de Tethra?
¿Por qué es el dios que forma encantamientos -
- el encantamiento de la batalla y el viento del cambio?*

Leabhar Gabhala

FREDY EDGARDO

CONTENIDO

	Pagina
INTRODUCCIÓN	
1. CARRERA ADMINISTRATIVA	15
2. REGIMEN ESPECIAL DE LA CARRERA DOCENTE	17
2.1 QUE ES EL ESCALAFON DOCENTE Y QUE PAPEL CUMPLE EN LA CARRERA DOCENTE	17
2.2 REGIMEN ANTERIOR AL DECRETO 1278 DE 2002 Y DERECHOS ADQUIRIDOS POR LOS DOCENTES EN EL DECRETO 2277 DE 1979	18
2.2.1 Primera etapa. Derechos adquiridos por los docentes en el decreto 2277 de 1979	19
2.2.2 Segunda etapa. Ley 29 y Decreto 1706 de 1989	22
2.2.3 Tercera etapa. La ley 60 de 1993	29
2.2.4 Cuarta etapa. Ley 115 de 1994	30
2.2.4.1 Generalidades	30
2.2.4.2 Vinculación al servicio educativo estatal en el régimen de la ley 115 de 1994.	32
2.3. NUEVO MARCO LEGAL DE LA CARRERA DOCENTE EN COLOMBIA	34
2.3.1 Acto Legislativo 01 de 2001 y Ley 715 del mismo año	34
2.3.1.1. Acto Legislativo 01 de 2001	34

2.3.1.2 Ley 715 de 2001	35
2.3.1.3 Alcances de la Ley 715 respecto de los inscritos en carrera docente al momento de su expedición.	37
2.3.1.4 Efectos de los artículos 34 y 38 de la ley 715 en relación con los docentes vinculados por contrato y que fueron nombrados provisionalmente.	38
2.3.1.5 Provisionalidades del artículo 38 de la Ley 715	39
2.3.1.6 Inicio de las provisionalidades en cargos de carrera docente	39
2.3.1.7 Duración de la Provisionalidad según la Corte	40
2.3.2 Requisitos para Concursar	41
2.3.3 Decreto 1278 de 2002	43
3. DERECHOS ADQUIRIDOS Vs PROFESIONALIZACIÓN DOCENTE	57
3.1 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA TEORIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS	57
3.2 TEORIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN COLOMBIA	61
3.3 LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE LOS BACHILLERES PEDAGÓGICOS ESCALAFONADOS, A LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL DECRETO 1278 DE 2002.	64
4. SITUACION ACTUAL	89
4.1 ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA PRESERVAR LA ARMONIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL CONTEXTO SOCIAL	89
4.2 LA ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO IDÓNEO PARA PROTEGER LOS DERECHOS DE LOS EDUCADORES DENTRO DEL PROCESO DE CONCURSO DE MERITOS.	92

4.2.1	Acción de Tutela	92
4.2.2	Casos concretos	94
4.2.3	Antecedentes	94
4.2.4	Fundamentos del amparo solicitado	95
4.2.5	Fallo de primera instancia	97
4.2.6	Fallo de segunda instancia	97
4.2.7	Análisis del Asunto	98
4.3	ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	102
4.3.1	Fundamentos fácticos de la acción en los casos concretos.	103
4.3.2	Efectos del amparo de tutela y la decisión de la jurisdicción contenciosa administrativa.	106
4.4	PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA IDONEIDAD DE LA TUTELA PARA LOS CASOS ANALIZADOS	108
5.	CONCLUSIONES SOBRE EL TEMA	116
6.	BIBLIOGRAFIA	120

RESUMEN

Existen derechos adquiridos cuando se han consolidado situaciones de derecho en vigencia de determinado ley o norma, que han ingresado por tanto al patrimonio del individuo. Respecto a los bachilleres pedagógicos escalafonados, no existe un derecho adquirido pues no se encuentran vinculados en carrera, el simple escalafonamiento no significa el ingreso automático a la carrera docente, sin embargo en fallos de tutela analizado se han reconocido derechos adquiridos, que a la luz de la legislación vigente son inexistentes, creando situaciones de inseguridad jurídica, pues no puede restablecerse un derecho que nunca ha existido, en detrimento del ordenamiento jurídico y del derecho fundamental a la profesionalización de educación contenido en el artículo 67 de la Constitución Política y las normas que lo reglamentan.

ABSTRACT

They exist right acquired when situations of right in use of certain law or norm have consolidated, that have entered therefore the patrimony of the individual. With respect to bachelors pedagogical escalafonados, not exist right acquired then not find tie in race, simple grade not means entrance automatic to race educational, nevertheless in failures of trusteeship analyzed have recognized right acquired, that to the light of the effective legislation is nonexistent, creating situations of insecurity legal, because a right that never has existed, in damage of the legal ordering and the fundamental right to the profesionalización of education cannot recover contained in the article the 67 of the Political Constitution and norms that regulate it.

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, nos hemos visto avocados a trascendentes reformas en todos los campos de la vida social, económica, política y cultural del país, que obedecen a grandes transformaciones tanto a nivel nacional como internacional.

Respecto a las reformas en la producción normativa presentada en la última década, se trata de una materialización de las reformas neoliberales que han venido implantándose desde 1999 a través de reformas constitucionales y legales. El problema que se plantea en la presente investigación constituye un ejemplo de estas reformas, encaminadas a preparar a la sociedad para entrar a un nuevo modelo económico, mas internacional, donde la competencia es la base del éxito, lo cual exige mayor capacitación, conocimientos, formación profesional y técnica, transferencia de tecnología y los nuevos adelantos de la ciencia.

Hacer de nosotros personas mas competitivas para un campo de trabajo, en el que cada vez se exige mas producción, y en el que los principios del derecho y las relaciones laborales se están flexibilizando..

Resulta pertinente, efectuar un estudio del nuevo Estatuto de Profesionalización Docente, en donde no solo se propende por una capacitación y desarrollo profesional de los educadores, para brindar la educación a nuestros niños y jóvenes, sino que además se brinda la posibilidad de estabilidad laboral para este sector productivo, siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos.

En el mismo sentido, deben estudiarse detenidamente cada una de las implicaciones que trae este nuevo estatuto, para las personas que venían gozando de ciertos derechos y garantías que constituyen derechos adquiridos

En el mismo sentido, deben estudiarse detenidamente cada una de las implicaciones que trae este nuevo estatuto, para las personas que venían gozando de ciertos derechos y garantías que constituyen derechos adquiridos.

**PERSPECTIVA DE NORMALISTAS Y BACHILLERES PEDAGOGICOS
ESCALAFONADOS A LA LUZ DE LAS REFORMAS EDUCATIVAS Y EN
ESPECIAL EL DECRETO 1278 DE 2002**

1. CARRERA ADMINISTRATIVA

Desarrollando el tema de la carrera administrativa, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal se ha sostenido, 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.

Es así como se encuentra consagrada como premisa Constitucional, en el artículo 125 de la Constitución Política, de la siguiente manera:

"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"

La Corte Constitucional ha sido reiterativa en sus pronunciamientos sobre la carrera administrativa, es así como en sentencia C-562 de 1996, 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"

2. REGIMEN ESPECIAL DE LA CARRERA DOCENTE

2.1. QUE ES EL ESCALAFÓN DOCENTE Y QUE PAPEL CUMPLE EN LA CARRERA DOCENTE.

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 la clasificación de los educadores estaría constituido por catorce grados en orden ascendente, del 1 al 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 los requisitos para el ascenso inmediatamente anterior.

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).

2.2. REGIMEN ANTERIOR AL DECRETO 1278 DE 2002 Y DERECHOS 2.2 ADQUIRIDOS POR LOS DOCENTES EN EL REGIMEN DEL DECRETO 2277 DE 1979.

Entre los regímenes especiales que se encuentran establecidos en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra el de los docentes, así lo ha determinado la legislación que ha regulado la materia como en su momento el decreto ley 2277 de 1979 y hoy el 1278 de 2002, subsidiariamente la ley general de carrera administrativa, en la actualidad la ley 909 de 2004, que en su artículo 3º numeral segundo señala:

“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.

Para hacer un análisis histórico acerca de la normatividad que rige la carrera docente, especialmente en lo que tiene que ver con el tema de los bachilleres pedagógicos en el desempeño de la labor docente, se realizará una descripción por etapas, basándonos para ello, en un concepto emitido por el Consejo de Estado en Sala de Consulta y Servicio Civil, como respuesta a los interrogantes elevados por el Ministerio de Educación sobre la carrera docente y el tratamiento que debe dárseles a las personas que laboran en la docencia, con la entrada en vigencia del decreto 1278 de 2002.

2.2.1. Primera etapa. Derechos adquiridos por los docentes en el régimen del decreto 2277 de 1979

Este decreto fue expedido el 14 de septiembre de 1979 -derogando el decreto extraordinario 128 de 20 de enero de 1977-, conformado por diez (10), capítulos y 82 artículos. Fue expedido para establecer el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que laboren como docentes.

Así, el artículo 3° 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."

En el Capítulo II que trata sobre las condiciones generales para ejercer la docencia, el artículo 5° señala los requisitos necesarios para que una persona pueda ser nombrada y ejercer la docencia, que son: poseer título docente o acreditar estar inscritos en el escalafón nacional docente de conformidad con los requerimientos que se consagraron para cada uno de los niveles pre-escolar, básico-primario, básico-secundario, medio e intermedio.

Así, en los niveles de pre-escolar y básico-primario, podían laborar los bachilleres pedagógicos.

En el capítulo III sobre el tema del Escalafón Docente mas específicamente, señala que la inscripción en dicho escalafón habilita al educador para ejercer los

cargos de la carrera docente; estableciendo 14 grados para la clasificación de los educadores, determinando en el artículo 10 la estructura del Escalafón, encontrándose en el primer grado el Bachiller Pedagógico y manteniéndose con ciertos requisitos adicionales hasta el grado 8º; para el grado 9º ya era necesario acreditar otros títulos.

En el párrafo 1º del mismo artículo se define los diferentes títulos; asimilando los títulos de normalista, institutor, maestro superior, maestro, normalista rural con título de bachiller académico o clásico, al de bachiller pedagógico.

En lo relacionado 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 de índole disciplinario; con las repercusiones del caso y ante la insuficiencia de cargos en las plantas de personal aprobadas por el Gobierno Nacional, las autoridades territoriales especialmente las del orden municipal se vieron

obligados a adoptar soluciones para atender las necesidades de cobertura en materia de educación, por ello recurrieron a instrumentos como los contratos de prestación de servicios, la contratación de docentes externos, el pago de horas cátedra.

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 ella, a saber:

- (i) Ser educador oficial inscrito en el escalafón docente;
- (ii) Ser designado para un cargo docente en propiedad; y.
- (iii) Tomar posesión del mismo.

En resumen el decreto 2277 estableció un régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente; 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;

por tanto el sistema de selección mediante concurso fue ajeno en un principio a la carrera docente; 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).

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, para ingresar a la carrera docente era menester desempeñar un cargo; el simple escalafonamiento - al que por virtud del artículo 4° podían acceder también los educadores no oficiales - no generaba derechos de carrera docente.

2.2.2. Segunda etapa. La ley 29 y Decreto 1706 de 1989

2.2.1. Ley 29 de 1989. - El artículo 54 de la ley 24 de 1988, subrogado por el artículo 9° 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 expedieran 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 2° de artículo idem, 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.

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

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 nacionales.

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 Nacional.

En armonía con lo dispuesto en los artículos 5°, 6° y 7° del decreto 2277 de 1979 y 9° 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, quedando exceptuados del mismo, únicamente, los educadores que debían ser reintegrados por orden judicial, 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 elegibles.

Respecto de las anteriores disposiciones deben hacerse las siguientes advertencias:

- (1) 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.
- (2) 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.
- (3) 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".
- (4) 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.

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 consideró 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 creadas.

Los nombramientos producidos con fundamento en los artículos 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 carrera. 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.

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.

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 consideró 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 previsión 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.

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.

En resumen, durante esta segunda etapa la situación de la carrera docente refleja las siguientes características:

- a). 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;
- b). 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;
- c). Los nombramientos hechos con fundamento en las normas del decreto 1706 se encuentran en firme en virtud del principio de seguridad jurídica y la buena fe.

- d). Se afianzó la prohibición de producir nombramientos por fuera de la respectiva planta de personal aprobada, hecho que fomentó la celebración de 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;
- e) 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.
- f) Los nombramientos que se realizaron sin el requisito previo del concurso, hechos por las autoridades nominadoras, se encontraban viciados de nulidad, sin embargo cuando el Ministerio de Educación Nacional ordenó la revisión de dichos nombramientos, a fin de adelantar las respectivas acciones legales, pero por el transcurso del tiempo dichas acciones se encontraban caducadas, por lo que los nombramientos gozan de presunción de legalidad hasta la fecha.

Después de la exigencia contenida en el decreto 1706, tiene especial relevancia que con la expedición de la Carta Política de 1991, el principio de meritocracia para acceder a un cargo público se elevara a rango constitucional en el Título V, Capítulo II “De la función Pública” en el artículo 125.

2.2.3. 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° precisó:

Corresponde 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.

Ningún departamento, distrito o municipio podría vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adoptara.

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.

Los docentes de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial.

Atribuye al CONPES¹ 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.

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

¹ Consejo Nacional de Política Económica y Social

los servicios educativos estatales.

2.2.4. Cuarta etapa. Ley 115 de 1994.

2.2.4.1. Generalidades.

La Ley general de la Educación², reitera 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 párrafo 1º del artículo 105³ dispuso "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 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."

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 tercero - declarado inexecutable por la sentencia C-555 de 1994 - 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".

² Ley 115 de 1994

³ Derogado por el artículo 113 de la ley 715 de 2001

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 (certificados en educación) 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 5°, 6° y 7° del decreto 2277 de 1979, 27 del Decreto 1706 de 1989 y 6° 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.

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".

El artículo 116 de la ley 115 señala que "Para ejercer la docencia en el servicio

educativo estatal se requiere título de licenciado en educación o de postgrado en educación, expedido por una universidad o por una institución de educación superior nacional o extranjera, o el título de normalista superior expedido por las 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."

Con lo señalado en el párrafo anterior se aumentaron los requisitos mínimos para ser docente, excluyendo de plano a los bachilleres pedagógicos, quienes a la luz del decreto 2277 de 1979 podían ejercer la docencia.

2.2.4.2 Vinculación al servicio educativo estatal en el régimen de la Ley 115 de 1994.

Respecto a la vinculación al servicio educativo estatal del personal docente, el artículo 105 contempló:

- a. La vinculación de personal docente, directivo y administrativo al servicio público educativo estatal, sólo podrá efectuarse mediante nombramiento hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial.
- b. 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 legales. 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."

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

2.3 NUEVO MARCO LEGAL DE LA CARRERA DOCENTE EN COLOMBIA

2.3.1. Acto Legislativo 01 de 2001 y Ley 715 del mismo año.

2.3.1.1. Acto Legislativo No. 01 de 2001. Modificó 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.

(...)

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 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 requisitos.

2.3.1.2. Ley 715 de 2001. Esta ley fue publicada el 21 de diciembre de 2001, fecha en la cual entró en vigencia, así mismo el decreto 1278 el 20 de junio de 2002; 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;

Aspectos determinantes:

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. (Sentencia C- 568 de 2004)

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 (territoriales) 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 (art. 37).

En el campo de la educación esta ley dio competencia a la Nación para reglamentar los concursos que rigen la carrera docente (arts. 57 y 111) 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)

A los departamentos, distritos y municipios certificados se les facultó para administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, nombrar en las instituciones educativas personal docente y administrativo sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la ley 715. Realizando concursos y efectuando los nombramientos del personal requerido (arts. 6.2.3 y 7.3) sin que superen el monto de los recursos del S.G.P..

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.

2.3.1.3. Alcances de la ley 715 respecto de los inscritos en carrera docente al momento de su expedición.

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".

El artículo 34 señaló 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 expresión "nombrados" no incluye ni formal ni materialmente el concepto de vinculación mediante contratación o de las denominadas órdenes de prestación de servicios.

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 mismo". 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.

2.3.1.4. 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, 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".

El alcance de esta norma está determinado por tres elementos esenciales:

- a) 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", es decir que conjuntamente se adopten conforme a los artículos 34 y 37 de la ley 715 de 2001 con base en los índices de matrícula reportados por la entidad.
- c) El cumplimiento de los requisitos de la carrera.

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, 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.

2.3.1.5. Provisionalidades del artículo 38 de la ley 715.

El personal vinculado en carrera administrativa docente al momento de la expedición de la ley 715 de 2001 sin solución de continuidad continua conforme las normas vigentes al momento de ingresar en la carrera docente. Sin embargo en virtud de artículo 38 que autorizaba las “provisionalidades” se hace necesario efectuar algunas aclaraciones.

El artículo idem creó una provisionalidad *suí generis* para cargos de carrera docente, cuya provisión está sujeta a la existencia de vacantes en las plantas de personal aprobadas.

En este sentido la voluntad del legislador va encaminada a garantizar a las personas que venían contratadas con órdenes de prestación de servicios una continuidad relativa en la prestación del servicio, con término definido, previa acreditación de requisitos, sin que ello significara un ingreso automático a la carrera docente.

2.3.1.6 Inicio de las provisionalidades en cargos de carrera docente.

Antes de la ley 715, no se preveía la modalidad de vinculación provisional, que sólo vino a aparecer con el período de transición establecido en el capítulo VI. Por cuanto el sistema anterior no preveía esta designación, 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 cumplieran 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 de 2002⁴ hasta la vinculación definitiva por concurso, el periodo 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.

La provisionalidad se prolongará hasta que se provea definitivamente el respectivo cargo por concurso en las plantas de cargos existentes, tal como lo contempló la Corte Constitucional en la sentencia C- 793 de 2002. En el caso de las nuevas plantas de cargos, 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.

2.3.1.7. Duración de la provisionalidad según la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En sentencia C-793 de 2002 al, fijar el alcance y sentido de esta norma, clarificó que la vinculación provisional de docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos a que alude tal precepto por mandato del artículo 125 de la Constitución, deberá mantenerse hasta tanto se provean por concurso de méritos los respectivos empleos de carrera.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C – 793 de 2002, Magistrado Ponente Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Expediente D-3963. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 18 (parcial) y 38 (parcial) de la Ley 715 de 2001.

2.3.2. 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. 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. En el caso de la sentencia C-408 de 2001⁵, se manifestó 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

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C - 408 de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, expediente D-3209 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 14 (parcial) del Decreto 272 de 2000.

la ley, como mecanismo de protección del interés general y del derecho a la igualdad de oportunidades.

En la sentencia C-487 de 1993⁶, 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 1° y 7° 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.”

En este orden de ideas debe mencionarse que bajo ningún precepto, la

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C - 487 de 1993, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, Expediente D-282, contra el artículo 3° de la Ley 24 de 1992.

vinculación provisional exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo. El artículo 125 de la Constitución señala claramente 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

2.3.3. Decreto 1278 de 2002.

El artículo 111.2 de la ley 715 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, que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias".

En consecuencia el Nuevo estatuto de profesionalización docente 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.

El decreto 1278 de 2002 contiene 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 1979.

Así el decreto ley 1278 de 2002 contempló las siguientes cuestiones:

- a. Objeto: 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, 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).
- b. Aplicación: las normas del nuevo estatuto se aplicarían en lo sucesivo 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

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.

- c. 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. 2°.
- d. 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.

- e. 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, 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 formación.

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

- f. 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. 8º .
- g. 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; í) 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. 9º.-.

- h. 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. 9º.-
- i. 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 concurso - art. 11 -. "Sólo en caso de no aceptación voluntaria de quien ocupe el primer lugar, se podrá nombrar a los siguientes en estricto orden de puntaje y quien rehúse el nombramiento será excluido del correspondiente listado".
- j. Se consagra que la persona seleccionada por concurso abierto para un cargo docente o directivo docente será nombrada en periodo 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. 12 -.

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. 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.

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.

- k. 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 -.
- l. 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, al declarar la inexecutable del artículo 5° de la ley 61 de 1987 y 22 de la ley 27 de 1992⁷, 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

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C-030 de 1997, Magistrado ponente Dr. JORGE ARANGO MEJÍA, Expedientes D-1344 y D-1345. Demandas de inconstitucionalidad en contra de los artículos 5o. y 6o. de la ley 61 de 1987 "por la cual se expiden normas sobre la Carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones" y 22 de la ley 27 de 1992 "por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre la administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones."

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 Corte⁸ 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 (...)

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 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

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C-562 de 1996, Magistrado Ponente Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO Referencia: Demanda D-1291, Normas acusadas: Artículo 105 (parcial) de la Ley 115 de 1994, y 129 (parcial) del Decreto Ley 2150 de 1995. Temas: Principio de igualdad, carrera administrativa e ingreso automático al Escalafón Nacional Docente. Servicio de educación, zonas de difícil acceso e incorporación excepcional a la carrera docente.

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.

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 1° y 2°), desempeña un papel determinante'."

Por tanto, no es posible generalizar la excepción y, en este orden, la Corte Constitucional, como se reitera, consideró que quienes tienen suscrito contrato de prestación de servicios con los distintos entes territoriales, no pueden

ingresar automáticamente a la carrera docente⁹, ni hay posibilidad de celebrar en tales casos concursos cerrados, pues, no hay ninguna circunstancia de justificación para ello. La regla general para acceder a la función pública es la realización de concursos públicos o abiertos.

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 Civil. Como quiera que el órgano autónomo previsto en el artículo 130 constitucional no se ha conformado, 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.

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, pudieran 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 profesional:

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C-045 de 1998, Magistrado Ponente Dr. JORGE ARANGO MEJÍA. Expediente D-1761. Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 10, 11 (parcial) y 29 (parcial) de la ley 344 de 1996, “*Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.*”

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 acreditan, 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 2003¹⁰ 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

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia 313 de 2003, Magistrado Ponente Dr. ALVARO TAFUR GALVIS, Expediente D-4255, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º, 3º, 5º, 7º, 17, 21, 23, 24, 36, 37, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 53, 57, 58, 61 63, 65, 67 y 68 del Decreto 1278 de 2002.

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.

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.

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" .

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 2277. Los que lo fueron con posterioridad, se someten a las prescripciones del artículo 46 del decreto 1278 de 2002 .

El decreto 3238 del 6 de octubre de 2004 derogó el decreto 3391 de 2003, por medio del cual "Se reglamentan los concursos que rigen para la carrera docente y se determinan criterios, contenidos y procedimientos para su aplicación".

3. DERECHOS ADQUIRIDOS VS. PROFESIONALIZACIÓN DOCENTE

3.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA TEORIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

Efectuando un estudio retrospectivo de la teoría de los derechos adquiridos en general, debe partirse de los principios de la irretroactividad e interpretación de las leyes, que garantizan la seguridad jurídica.

En la época en la cual la vida jurídica se regía sobre las reglas de las sociedades los usos y tradiciones del llamado derecho consuetudinario, su obligatoriedad estaba originada en el elemento subjetivo que la doctrina denomina *opinio iuris*.

Es evidente, que por su propia naturaleza la costumbre jurídica no suscita problemas de retroactividad, por cuanto se adecua a los hechos que determinan una situación concreta y específica acorde al entorno y a una época determinada.

Tal como puede observarse, en el *iuris civilis romanorum*, rigió el principio de irretroactividad de las normas, lo cual garantizó en cierto grado los derechos de los *pater familiae*, que se habían originado y consolidado antes de la expedición de una ley.

La exclusión de la retroactividad de las normas jurídicas se deriva del principio que tiende a garantizar la confianza en el Ordenamiento Jurídico, principio que se afirmaba ya en la época republicana. Se reitera el aspecto que debe guardar el nuevo derecho hacia los hechos e incluso hacia las normas expedidas con anterioridad.

En el Derecho Romano Posclásico, con la compilación justiniana, se introdujo el recurso de calificar como interpretativas o aclaratorias las normas innovadoras, con el propósito de que las mismas tuvieran efectos retroactivos, bajo el pretexto de que se trataba de normas cuya única finalidad consistía en interpretar o aclarar normas anteriores.

El Derecho visigothorum establecía una irretroactividad que ahora denominaríamos de efecto intermedio. El Fuero Juzgo establece que se deben juzgar por sus disposiciones las causas iniciadas que aún no hayan sido concluidas. En el Corpus Iuris Canonici, se acoge literalmente la denominada regla teodosiana, argumentándose que se hace para que no se produzca perjuicio a los ignorantes de la prohibición. No obstante, se establece una excepción a las relaciones jurídicas concernientes al Derecho Divino. En los llamados juicios de albedrío, que se desarrollaron en Castilla y las provincias Vascongadas a lo largo del Siglo XII y la primera mitad del Siglo XIII se impuso el criterio de la aplicación retroactiva de las normas, creadas de hecho por los jueces al resolver controversias.

En el Derecho Intermedio se configuró la categoría de los llamados “derechos adquiridos”, La Ilustración reclamó como principio, la irretroactividad de las normas penales. Para Jellinek el principio nulla pena sine lege debe su vigencia jurídica a una exigencia fundamental de la conciencia jurídica, que se haya por encima de la costumbre escrita dado que los derechos fundamentales en sentido estricto, no pueden ser anulados mediante una reforma constitucional.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 producto de la Revolución Francesa, dispone en su art. 8 que la ley sólo debe establecer las penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada.

La Constitución francesa de 1.793, establece en su artículo 3 que la ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general y en el art. 19 dispone que nadie debe ser juzgado y castigado hasta que haya sido oído o legalmente llamado, y en virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito.

Algunos estudiosos consideran que por encima de cualquier otro criterio, el principio de irretroactividad es expresión del valor seguridad jurídica. Tan sólo encontramos en algunos positivistas legalistas argumentos que consideran que en el supuesto de que la ley nueva sea más idónea para defender intereses generales, no hay objeción que oponer, a su aplicación retroactiva. Federico de Castro reconoce que en esta cuestión, que denomina moral legislativa, será preciso distinguir los fines y propósitos de la ley, al disponer su efecto retroactivo.

Varios autores entre ellos Coviello, en su obra, expone así su teoría:

“La ley nueva no es aplicable a consecuencias de hechos pasados, aun efectuadas bajo su imperio, cuando su aplicación tenga como presupuesto necesario el hecho pasado, ya porque no fue conforme a la nueva ley, o bien por constituir el elemento de hecho de que surgen consecuencias jurídicas que no habrían nacido para la antigua ley; en cambio la nueva es aplicable en la hipótesis contraria...”

Más adelante, el propio autor resume así su teoría:

"La máxima ley no tiene fuerza retroactiva",

Significa lo anterior que el juez no puede aplicarla a hechos pasados, o desconociendo las consecuencias ya realizadas, o quitando eficacia o atribuyendo una diversa, a las consecuencias nuevas, sobre la base única de la apreciación del hecho pasado.

Así las cosas, podemos mencionar en principio que el artículo 58 de la Constitución Nacional consagra el respecto a los derechos adquiridos con arreglo a las leyes, este punto en concreto "derecho adquirido", aparece como contrapuesto a la noción de mera expectativa, definido por la doctrina.

Pero que es un derecho adquirido?

Para responder esta pregunta, podemos acudir a la doctrina de Ferrara, quien menciona:

“La teoría que nosotros proponemos, es la del respeto de los hechos realizados, pero rigurosamente formulada sin restricciones ni adiciones complementarias. Se trata de una regla única y precisa que puede formularse así: *tempus regit factum*. Todo hecho jurídico, ya sea un acontecimiento casual o un acto jurídico, se regula tanto en lo que mira a sus condiciones de forma como de sustancia, cuanto por lo que atañe a todos sus efectos -pasados, presentes o futuros-, por la ley del tiempo en que el hecho quedó jurídicamente realizado, salvo que la nueva ley quiera excluir en mayor o menor medida la eficacia del antiguo ordenamiento jurídico. Pero mientras esta cláusula de exclusión de la nueva ley, no resulta establecida expresa o tácitamente, rige el ordenamiento jurídico anterior que acompaña los hechos y relaciones que nacieron bajo su imperio, a través del nuevo régimen jurídico (Tratado de derecho civil italiano).”

Según la teoría de los derechos adquiridos, se considera que una ley es retroactiva cuando destruye o restringe derechos adquiridos al amparo de otra ley anterior. En cambio, la ley no obra retroactivamente cuando destruye una facultad legal o las simples esperanzas o expectativas de derechos.

Para el autor Merlin, su tesis sobre los derechos adquiridos gira alrededor de tres conceptos fundamentales, a saber: el de derecho adquirido, el de la facultad y el de expectativa¹¹.

Por derechos adquiridos debemos entender aquellos que han entrado en nuestro dominio y, en consecuencia, forman parte de él y no pueden ser arrebatados, como ejemplo típico de derechos adquiridos, tenemos los derivados de la celebración de un contrato.

Con las facultades otorgadas por la ley sucede lo propio que con las concedidas por los individuos, mientras no asumen la forma de derechos contractuales, son siempre y esencialmente revocables.

De otra parte, por expectativas de derechos debemos entender las esperanzas de adquirir un derecho que va a nacer como consecuencia de determinaciones jurídicas.

Para Merlin, - señala García Maynes (Ibid., p. 390.) -, qué se entiende por expectativa: lo que decimos de la simple facultad no actualizada. ¿Es aplicable a la expectativa, es decir, a la esperanza que se tiene, atendiendo a un hecho pasado o a un estado actual de cosas, de gozar de un derecho cuando éste nazca? Esto depende de la naturaleza del hecho o del estado de cosas de que aquella deriva. La esperanza puede derivar de la voluntad más o menos contingente del hombre, o de una ley que en todo tiempo puede ser derogada por su autor. O bien, deriva de un testamento cuyo autor aún vive, por lo tanto, en cualesquier momento puede modificar su testamento.

3.2. LA TEORIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN COLOMBIA

¹¹ GARCIA MAYNES, Eduardo. Introducción al estudio del derecho, México, Porrúa, 1985, p. 390

Habiendo realizado un breve recuento histórico acerca del origen de la teoría de los derechos adquiridos, y de las tesis de diversos autores, pasamos al plano nacional, para observar la aplicación práctica de la teoría de los derechos adquiridos, en los conceptos jurisprudenciales sentados por nuestros altos tribunales.

Así se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral¹², al referirse a la noción de derechos adquiridos:

"...Se entienden aquellas acciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que, por lo mismo, han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Fundamento de la seguridad jurídica y del orden social de las relaciones de los asociados y de estos con el Estado, es que tales situaciones o derechos sean respetados íntegramente mediante la prohibición de que leyes posteriores pretendan regularlas nuevamente. Tal afectación o desconocimiento solo está permitido constitucionalmente, en el caso que se presente un conflicto entre los intereses generales o sociales y los individuales, porque en este caso para satisfacer los primeros, los segundos deben pasar a un segundo plano."

Por su parte, la Sección Primera de esta Sala de Corte Suprema se ha pronunciado así:

"Igualmente ha sido la doctrina de la Corte la de que cuando las condiciones legales para el reconocimiento de determinada prestación no se han cumplido, el agente público está frente a una mera expectativa; pero cuando las condiciones legales se han llenado aquel se encuentra en una situación jurídica individual. Siendo la situación eventual una situación objetiva legal, puede ser modificado en

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – COLOMBIANA. Sentencia de 17 de marzo de 1977, Sección segunda.

el porvenir, en cualquier instante, por las leyes tanto en su quantum como en sus modalidades.

Podría resumirse que la tendencia doctrinal de esta Sala dentro del ámbito de los derechos adquiridos y sus simples o meras expectativas, que traduce que solo en los casos concretos en que se ha consolidado una situación jurídica de carácter individual, es viable el derecho reconocido en la disposición legal correspondiente...".

La Honorable Corte Constitucional respecto a la teoría de los derechos adquiridos, se ha pronunciado en forma reiterada en los términos que a continuación se transcriben, expresados en la sentencia C – 606 de 1992¹³:

“Los derechos adquiridos son aquellos “nacidos como consecuencia del cumplimiento de las hipótesis de hecho establecidas por la ley”. El fundamento de este tipo de derechos son los principios de irretroactividad de la ley y de la seguridad jurídica.

No puede hablarse de derechos adquiridos sino existen situaciones jurídicas consolidadas y perfeccionadas porque se han cumplido la totalidad de las condiciones materiales exigidas por la ley para ello en un momento determinado. En caso contrario, es decir, cuando las hipótesis fácticas establecidas por la ley para adquirir el derecho no se han cumplido estamos frente a una expectativa.

En aras de la seguridad jurídica y del principio de retroactividad de la ley es que deben protegerse frente a un tránsito legislativo, los derechos adquiridos, pues ya han entrado al patrimonio de una persona de la misma manera que sus

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C-606 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Ref: Radicación D-044, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2o. (parcial); 4o.; 8o. (parcial); 9o, 10o y 11 de la ley 70 de 1979, "Por la cual se reglamenta la profesión de topógrafo y se dictan otras disposiciones sobre la materia."

consecuencias jurídicas. Sólo en algunas circunstancias la protección de los derechos adquiridos puede verse limitada frente a la utilidad pública o al interés social que sirvió de fundamento a la expedición de la ley nueva. Frente a las expectativas, no ocurre lo mismo, toda vez que ellas no están garantizadas plenamente por la Constitución.”

3.3. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE LOS BACHILLERES PEDAGOGICOS ESCALAFONADOS, A LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL DECRETO 1278 DE 2002

En el tema específico de nuestro estudio, encontramos el tratamiento jurisprudencial que se ha dado sobre los derechos adquiridos de quienes ostentan el título de bachilleres pedagógicos escalafonados a la luz del decreto 1278 de 2002, habiendo sido trazado por parte de la Corte Constitucional una línea jurisprudencial respecto al tema, la que relacionaremos a continuación.

* Sea lo primero citar los pronunciamientos de la Corte Constitucional analizados en la sentencia C-313 de 2003¹⁴.

Los demandantes consideraron que los artículos acusados vulneran los artículos 1º, 2º, 13, 29, 53, 67 y 68 de la Constitución Política, de conformidad con los argumentos que se exponen a continuación, en relación estricta con el objeto del presente trabajo.

- Consideran que el artículo 2º desconoce el principio de igualdad, como quiera que establece un escalafón docente y condiciones laborales diferentes para el personal que se vincule con posterioridad

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 2º, 3º, 5º, 7º, 17, 21, 23, 24, 36, 37, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 53, 57, 58, 61, 63, 65, 67 y 68 del Decreto 1278 de 2002, “por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”,

a la vigencia del Decreto 1278 de 2002, en detrimento del personal antiguo.

- Los artículos 3º y 7º demandados, al habilitar a personas con título profesional diferente a los pedagógicos para ejercer la docencia, vulneran los artículos 67 y 68 de la Constitución, toda vez que lo dispuesto implica un deterioro de la educación pública, desconociendo el deber del Estado de velar por la calidad de la misma. Así mismo, porque de conformidad con los mencionados preceptos superiores, la educación debe ser impartida por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica, la cual está asegurada mediante la presunción de idoneidad que otorgan los respectivos títulos, de modo que ante la ausencia de los mismos no se garantiza dicha idoneidad.
- Consideran que los artículos 46, 47 y 65 acusados, vulneran el derecho a la igualdad de los docentes escalafonados con anterioridad a la vigencia del Decreto 1278 de 2002, toda vez que establecen una discriminación salarial en su contra y a favor del personal que ingrese posteriormente, en detrimento de quienes, por gozar de mayor experiencia, antigüedad y capacidad, merecen un mayor salario, contradiciendo el concepto que sobre igualdad salarial ha establecido la jurisprudencia de la Corte. Por esa misma vía, advierten que cualquier estímulo o compensación, diferentes a los señalados en el Decreto 2277 de 1979, que no tenga como destinatarios a la totalidad de los docentes, vulnera el artículo 13 de la Constitución.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el examen que se realizó sobre todos los artículos demandados, extrajimos los siguientes argumentos que ayudan a develar la tesis del presente trabajo:

“Los artículos demandados: i) establecen la posibilidad de que profesionales diferentes a los que ostentan un título de licenciado en educación o normalistas superiores ingresen a la carrera docente, y ii) establecen la posibilidad de que el gobierno nacional determine los casos y términos en que personas sin los títulos académicos mínimos puedan ser vinculados provisionalmente al servicio educativo estatal cuando se trata de zonas de difícil acceso, poblaciones especiales o áreas de formación técnicas o deficitarias; vulneran los artículos 67 y 68 de la Constitución.

Previamente la Corte estima necesario hacer algunas consideraciones en torno a (i) la posición adoptada por esta corporación frente a los cargos por la supuesta vulneración del principio de igualdad contra la norma que confirió facultades extraordinarias para la expedición del Decreto sub examine y la ausencia de cosa juzgada constitucional en relación con los cargos planteados en la presente demanda, (ii) la jurisprudencia de la Corporación en materia de aplicación del juicio de igualdad en relación con regímenes laborales diferentes y (iii) la no aplicación del principio “a trabajo igual salario igual” en presencia de razones objetivas que justifican un tratamiento diverso.

3.1.1.2 La jurisprudencia de esta Corporación en relación con la aplicación del juicio de igualdad en relación con regímenes laborales diferentes

La Corte ha precisado que constitucionalmente nada impide al legislador expedir uno o varios ordenamientos en los que establezca las disposiciones que deben regir las relaciones laborales de los trabajadores tanto del sector público como del privado, siempre y cuando respete las normas constitucionales y garantice los principios mínimos fundamentales contemplados en el artículo 53 superior, cuya

finalidad protectora cubre a todos los trabajadores, cualquiera que sea el régimen al que deban sujetarse.

En este sentido ha señalado que la decisión de expedir uno o varios ordenamientos de índole laboral es un asunto de técnica legislativa que compete decidir exclusivamente al Congreso de la República, dentro de la facultad que tiene de hacer las leyes y de expedir códigos en todos los ramos de la legislación¹⁵.

Sobre el particular la Corporación ha expresado:

“El artículo 53 del estatuto superior no pretende una ciega unificación normativa en materia laboral que desconozca la facultad del legislador de establecer regímenes diferenciados mas no discriminatorios, atendiendo a las particularidades concretas de las relaciones de trabajo que se pretenden regular. Su finalidad es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.”

En este orden de ideas la Corte ha aceptado que en materia laboral puedan existir regímenes jurídicos diferentes que regulen diversos aspectos de la relación de trabajo entre los trabajadores y los empleadores, sean estos oficiales o privados, sin que por ello, pueda considerarse que por esa sola circunstancia se viole el principio de igualdad¹⁶.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C- 055 de 1999, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz . Referencia: Expediente D-2125, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3º parcial del Código Sustantivo del Trabajo.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C-654 de 1997 Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, Expediente D-1707. Demanda de inconstitucionalidad contra los

3.1.2 La constitucionalidad del artículo 2º del Decreto 1278 de 2002 frente al cargo planteado.

El artículo 2º define el ámbito de aplicación del Decreto 1278 de 2002, señalando que sus normas se aplican a quienes se vinculen con la administración para desempeñar cargos docentes y directivos docentes, en los niveles de preescolar, básica o media, con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto, y a quienes sean asimilados de conformidad con lo dispuesto en el mismo. Así mismo, advierte que quienes ingresen al servicio, en calidad de docentes estatales, deben superar el periodo de prueba para ser inscritos en el Escalafón Docente.

Como se advirtió, los demandantes consideran que dicho precepto desconoce el derecho a la igualdad de los docentes públicos vinculados a la administración con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002, como quiera que la norma establece un régimen diferente, desconociendo así el mandato del artículo 13 constitucional.

Al respecto, cabe reiterar que dicho mandato debe entenderse predicable únicamente entre personas que se encuentren en las mismas circunstancias de hecho y de derecho, pues el tratamiento igual solamente puede invocarse entre iguales.

En el caso sujeto a examen, es claro que el tratamiento diferenciado que se da a los docentes en razón de la fecha de su vinculación a la administración, anterior o posterior a la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002, responde al hecho de que la situación de los docentes en uno y otro caso no es la misma, y ello en

artículos 164 y 165 (parciales) del Decreto 1212 de 1990, artículos 122 y 123 (parciales) del Decreto 1213 de 1990 y artículos 121 y 122 (parciales) del Decreto 1214 de 1990.

virtud del cambio en las condiciones fácticas y normativas que provocaron la expedición de un nuevo régimen docente.

Así lo reconoció esta Corporación al analizar el numeral 2º del artículo 111 de la Ley 715 de 2001, en el que se concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos acorde con la nueva distribución de recursos y competencias.

Los argumentos señalados en la Sentencia C-617 de 2002 a que se ha hecho referencia anteriormente y que sirvieron para justificar la constitucionalidad de la norma de facultades, deben en consecuencia reiterarse en esta ocasión en relación con la constitucionalidad del artículo 2 del Decreto 1278 de 2002.

En efecto como en dicha Sentencia se señaló, ante una nueva regulación constitucional y legal de la participación de las entidades territoriales en los ingresos de la Nación para la prestación de los servicios que les corresponda de acuerdo con la ley, y entre ellos los de salud y educación, es legítimo que se conciba un nuevo régimen de carrera para el personal de docentes, directivos docentes y administrativos.

En el mismo sentido, es legítimo que ese régimen no se aplique a quienes se vincularon antes de la promulgación del decreto sub examine, pues la expedición de un nuevo régimen de carrera docente no puede significar el desconocimiento de los derechos adquiridos por el personal cobijado por el Estatuto Docente anterior.

De allí que el artículo 2 acusado haya dispuesto que el nuevo régimen se aplica únicamente a los docentes, directivos docentes y administrativos que ingresen a partir de la vigencia del decreto 1278 de 2002.

Los docentes que se hayan vinculado a la carrera de conformidad con el Decreto Ley 2277 de 1979 continuarán rigiéndose por sus normas y por tanto se respetarán los derechos que hayan adquirido conforme a las mismas.

La norma señala en todo caso, que el nuevo régimen se aplicará a aquellos docentes que se asimilen al nuevo estatuto docente en los términos del artículo 65 del mismo decreto, es decir, a aquellos que decidan voluntariamente inscribirse en el nuevo escalafón en las condiciones que en dicho artículo se señalan. Asimilación voluntaria que como se explicará más adelante en nada vulnera los derechos adquiridos de los mismos docentes.

En ese contexto, es evidente que no le asiste razón a los demandantes pues no se puede afirmar que al expedirse un nuevo régimen de carrera para el personal de docentes, directivos docentes y administrativos y al disponer que ese régimen sólo se aplicará a quienes ingresen a la carrera a partir de su vigencia, se haya discriminado a ese personal por excluirlo de la aplicación del régimen anteriormente vigente, ni que en el mismo sentido se haya discriminado a quienes ya se encontraban vinculados al servicio docente por excluirlos del nuevo sistema de carrera.

Como se indicó, la situación de unos y otros docentes no es la misma pues se está frente a un distinto régimen constitucional de participación de las entidades territoriales en los ingresos de la Nación, que se convierte en razón suficiente para que el personal nuevo se someta a un régimen de carrera ajustado a las nuevas circunstancias.

Así las cosas, la Corte debe rechazar el cargo de los accionantes contra de la norma demandada, respecto de la vulneración del derecho a la igualdad por la supuesta discriminación de los servidores vinculados bajo el régimen anterior

frente a aquellos a quienes se aplica el nuevo régimen docente, por el hecho de limitarse su aplicación a aquellos que se vinculen a la carrera docente a partir de la vigencia del Decreto 1278 de 2002.

3.2. El análisis de los cargos contra los artículos 3 y 7 del Decreto 1278 de 2002

El artículo 3º demandado atribuye la calidad de profesionales de la educación a las personas que poseen título profesional de licenciado en educación expedido por una institución de educación superior, a los profesionales con título diferente, legalmente habilitados para ejercer la función docente de acuerdo con las normas del Decreto y a los normalistas superiores.

Por su parte, el artículo 7º demandado condiciona el ingreso al servicio educativo estatal de los docentes a que posean el título de licenciado o profesional expedido por una institución de educación superior debidamente reconocida por el Estado o de normalista superior, y en ambos casos, a que superen el concurso de méritos.

El párrafo del mismo artículo señala la posibilidad de que el Gobierno Nacional determine los casos y términos en que, por tratarse de zonas de difícil acceso, poblaciones especiales o áreas de formación técnicas o deficitarias, pueden vincularse provisionalmente al servicio educativo personas sin los títulos académicos antes señalados, pero sin derecho a inscribirse en el escalafón docente.

Los demandantes cuestionan la constitucionalidad de las normas aludidas en cuanto, atribuyen la calidad de profesionales de la educación a los profesionales con un título diferente al de licenciado en educación, al tiempo que el párrafo del artículo 7 acusado permite la vinculación provisional al servicio educativo de personas sin los títulos académicos mínimos allí señalados, cuando se trate de zonas de difícil acceso, poblaciones especiales o áreas de formación técnica o deficitaria, con lo que en su parecer se desconoce el deber del Estado de velar

por la calidad de la educación y de garantizar que la docencia sea ejercida por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica.

3.2.3 La inconstitucionalidad del párrafo del artículo 7 del Decreto 1278 de 2002.

Respecto del párrafo del artículo 7 según el cual el Gobierno nacional determinará los casos y términos en que se podrán vincular provisionalmente al servicio educativo sin derecho a inscribirse en el escalafón docente personas sin los títulos académicos mínimos señalados atrás reseñados, por tratarse de zonas de difícil acceso, poblaciones especiales o áreas de formación técnicas o deficitarias, la Corte constata que si bien podría encontrarse sustento constitucional para la disposición acusada en la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público educativo en las situaciones a que ella alude, en este caso se está atribuyendo por el legislador extraordinario al Presidente de la República una competencia que desborda el ámbito de la potestad reglamentaria que le reconoce la Constitución. (art 189 - 11 C.P.)

En efecto, en la medida en que corresponde a la ley, de acuerdo con el tercer inciso del artículo 67 constitucional, garantizar la profesionalización y dignificación de la actividad docente, que es también materia de ley la regulación del ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (art 150-23 C.P.), que es la Ley la que podrá, de acuerdo con el artículo 26 superior exigir títulos de idoneidad, no cabe duda para la Corte que en este caso el tema a que alude el párrafo 7 del Decreto 1278 de 2002 es de aquellos que deben ser definidos directamente por el Legislador.

En este sentido con el párrafo acusado el Presidente de la República está autohabilitándose para expedir, por fuera de las facultades extraordinarias que le

fueron conferidas por un término preciso de 6 meses, normas que regulen un asunto que corresponde a la ley, a saber 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 sin derecho a inscribirse en el escalafón docente, personas sin los títulos académicos mínimos exigidos

La Corte llama la atención sobre el hecho de que la fijación de los casos y términos en los que la vinculación provisional pueda darse en las circunstancias aludidas no son materias de aquellas que correspondan al ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 189-11 de la Constitución, para asegurar la cumplida ejecución de las leyes.

En este caso se evidencia la ausencia de un elemento esencial para ejercer la facultad reglamentaria, a saber la preexistencia de un contenido material legislativo, que sirva de base al ejercicio de dicha potestad¹⁷.

En este caso el Legislador extraordinario ha debido cumplir con una carga mínima especial de intensidad normativa¹⁸, por razón de la reserva de ley, que no fue satisfecha por la disposición acusada.

Si bien no podía exigirse al Legislador extraordinario que regulara en detalle la materia a que alude el párrafo sub exámine en razón de las consideraciones de orden fáctico y técnico a tomar en cuenta, éste no podía dejar de sentar unos parámetros generales que orientaran la actuación de la administración.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL - COLOMBIANA. Sentencia C-508/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra A.V. Magistrados Manuel José Cepeda espinosa y Álvaro Tafur Galvis.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL - COLOMBIANA. A.V. Magistrado Álvaro Tafur Galvis a la Sentencia -508 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Al respecto cabe recordar lo que sobre el particular ha dicho la Corte

“Es posible que la rama legislativa con la utilización de un lenguaje amplio reconozca a la autoridad administrativa competente un margen suficiente para el desarrollo específico de algunos de los supuestos definidos en la ley con el propósito de concretar la aplicación de ciertos preceptos legales a circunstancias diversas y cambiantes. Eso es propio de un Estado regulador. Sin embargo, en esos eventos la acción de la administración y el cumplimiento de las políticas públicas que animan la ley y las regulaciones administrativas que las materializan dependen de que las disposiciones legales establezcan criterios inteligibles, claros y orientadores dentro de los cuales ha de actuar la administración de tal forma que se preserven los principios básicos de un estado social y democrático de derecho.”¹⁹

Finalmente la Corte declaró la inexecutable del parágrafo del artículo 7 del Decreto 1278 de 2002.”

* Así mismo la Corte Constitucional, en sentencia C – 1169 de 2004²⁰, volvió a analizar varios artículos del decreto 1278 de 2002, en relación con otros cargos esgrimidos por los demandantes, haciendo las siguientes aclaraciones respecto a los derechos adquiridos de los docentes.

La Corte determinó cuales son los requisitos que deben cumplir los docentes para considerar en cada caso en concreto si está inscrito o no en la carrera

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C-265 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta ocasión la Corte declaró INEXEQUIBLE el inciso tercero del artículo 64 de la Ley 675 de 2001. Consideró que “condicionar la posibilidad del cerramiento a una autorización administrativa, sin señalar criterios que impidan dicha apropiación y exclusión, resulta insuficiente para proteger los bienes constitucionalmente garantizados”.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL –COLOMBIANA. Sentencia C – 1169 de 2004 Magistrado Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL, Expediente D-5206. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 7, 13 (parágrafo) y 46 -parciales- del Decreto-Ley 1278 de 2002.

administrativa del educador, de esta manera se transcriben los elementos más relevantes:

“El accionante considera que el artículo 2° del citado Decreto, vulnera los artículos 121, 150 y 189 numeral 10 de la Constitución Política, pues desconoce los derechos adquiridos de los docentes que accedieron de manera provisional al sector oficial de la educación, por haber estado previamente vinculados mediante contratos de prestación de servicios, conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 715 de 2001.

En su opinión, la ley habilitante ordenó aplicar el nuevo Estatuto de Profesionalización a quienes “ingresen a partir de la promulgación de dicha ley” al nuevo régimen de carrera docente y, por lo mismo, a los educadores al servicio del Estado vinculados con anterioridad mediante órdenes de prestación de servicios y que, posteriormente, ingresaron de manera provisional al sector oficial de la educación, en atención a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, no les resulta aplicable; toda vez que dichos educadores, por una parte, ya se encontraban escalafonados y, por la otra, eran sujetos pasivos de la carrera docente prevista en el Decreto 2277 de 1979.

Conforme a lo expuesto, se pregunta la Corte: ¿Si como lo sostiene el accionante los educadores que accedieron de manera provisional al sector oficial de la educación, por haber sido previamente vinculados mediante contratos de prestación de servicios, se encuentran sujetos a lo previsto en el Decreto 2277 de 1979 y, en esa medida, el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas en el artículo 111.2 de la Ley 715 de 2001, al someterlos al nuevo Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto-Ley 1278 de 2002?

Así las cosas, a través del artículo 111.2 de la Ley 715 de 2001 (ley habilitante), se dispuso que: “Se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley 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, que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias y con los recursos.

(...)

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

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

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

“Artículo 27. Ingreso a la carrera. Gozarán de los derechos y garantías de la carrera docente los educadores oficiales que estén inscritos en el Escalafón

Docente, sean designados para un cargo docente en propiedad y tomen posesión del mismo". (Subrayado por fuera del texto original).

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

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

En el presente caso, es indiscutible que los educadores a los cuales se refiere el accionante, no cumplieron las exigencias o supuestos jurídicos para consolidar en su patrimonio el derecho adquirido a la aplicación del

régimen de carrera administrativa docente previsto en el Decreto 2277 de 1979, pues no acreditaron, entre otros, los requisitos de superación del proceso de selección, ser nombrados en propiedad y tomar posesión del cargo docente.

Es preciso concluir entonces que el Presidente de la República no desbordó el alcance de las facultades extraordinarias concedidas en el artículo 111.2 de la Ley 715 de 2001, toda vez que los educadores a los que se refiere el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, no habían ingresado a la carrera administrativa docente, ni reunían los requisitos previstos en el Decreto 2277 de 1979, para consolidar en su órbita personal y jurídica esa situación”.

* En sentencia C – 422 de 2005²¹ se demandó la inconstitucionalidad de los artículos 3, 7 (parcial) y 21 (parcial) del Decreto 1278 de 2002, estableciendo los cargos por los cuales el actor demandó estos artículos se fundamentan principalmente en la violación de los artículos 1, 2, 13, 26, 68 y 209 de la Constitución, especialmente lo relacionado con la violación de los principios de igualdad, libertad de escoger profesión u oficio y de libertad de enseñanza de los bachilleres pedagógicos.

Por su parte, la Corte, se pronunció en los siguientes términos:

Respecto del artículo 7° del Decreto 1278 de 2002, operó el fenómeno de cosa y juzgada (Sentencia C -1169 de 2004) y, por lo tanto, su constitucionalidad no fue examinada en la sentencia.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C – 422 de 2005, Magistrado Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL. Expediente D-5206. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 7, 13 (parágrafo) y 46 -parciales- del Decreto-Ley 1278 de 2002.

Cosa diferente –dijo la Corte- debe señalarse en relación con el cargo planteado en el presente proceso en contra del artículo 3° del Decreto 1278 de 2002, por el supuesto desconocimiento de los artículos 1, 2, 13, 26, 68 y 209 de la Constitución, puesto que en la Sentencia C-313 de 2003 fue declarado exequible el artículo 3° del decreto en mención, respecto de los cargos planteados en relación con la vulneración de los artículos 67 y 68 constitucionales.

Así la Corte, realizó un análisis profundo sobre los cargos imputados, haciendo las siguientes precisiones respecto a cada uno:

Respecto al derecho a la libre escogencia de profesión u oficio: la exigencia de títulos de idoneidad manifestó: *“En ese orden de ideas, en tanto el acceso a la educación es, prima facie, universal y en tanto las personas que se dedicarán a su vez a formar a otros requieren un nivel de profesionalización más elevada, la necesidad de acreditar idoneidad pedagógica para ejercer esta labor no resulta, en sí misma, desproporcionada.*

Con el fin de evitar la exigencia de requisitos desproporcionados o irrazonables para ingresar a la carrera docente, el legislador determinó que uno de los criterios más relevantes de acceso sería la acreditación de cierto nivel de escolaridad. De esa forma, se garantiza el concurso de docentes mejor preparados y la fijación de criterios de calidad fundamentados en el grado de instrucción de los maestros.”

Respecto al desarrollo normativo de los requisitos para el ejercicio de la profesión docente en Colombia dijo:

“En punto de las condiciones generales para ejercer la docencia, el Decreto 2277 prescribió, en el artículo 5°, que sólo pueden ser nombrados como profesores en planteles oficiales de educación quienes posean título docente o acrediten estar inscritos en el Escalafón Nacional Docente. Señaló que los títulos exigidos para

ejercer la docencia en el nivel preescolar eran los de 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 post-grado en este nivel, o personal escalafonado.

19.- De igual manera, para ser docente en el nivel básico primaria se requería título de bachiller pedagógico, perito o experto, técnico o tecnólogo en educación, licenciado en ciencias de la educación o con post-grado en este nivel, o personal escalafonado. En artículo 10° señalaba que, para efectos de ingreso y ascenso en el escalafón nacional debía entenderse que los títulos de normalista, Institutor, Maestro Superior, Maestro Normalista Rural con título de bachiller académico o clásico, son equivalentes al de bachiller pedagógico.

20.-Luego de la expedición de la Constitución de 1991, el Congreso de la República promulgó la Ley 115 de 1994 o “Ley General de Educación”. Dicha disposición tiene por objeto reglamentar el proceso educativo de formación permanente, personal, cultural y social fundamentada en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes (art. 1°). Dicho estatuto señala las normas generales que regulan el servicio público de la educación.

(...)

21.- El artículo 116 de la Ley General de Educación dispuso que, para ejercer la docencia en el servicio educativo estatal se requiere título de licenciado en educación o postgrado en educación expedido por una universidad o por una institución de educación superior nacional o extranjera, o el título de normalista superior expedido por las 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 Ley y en el Estatuto

Docente. El párrafo del artículo 116 señaló que, las personas que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 115 de 1994 estuvieran adelantando estudios para obtener el título de tecnólogo en educación, podrían ejercer la docencia en establecimientos educativos estatales al término de sus estudios, previa obtención del título e inscripción en el Escalafón Nacional Docente.

22.- La Ley 115 de 1994 establece, también, que una de sus finalidades es la formación de educadores de alta calidad científica y ética, para así mismo ofrecer un servicio educativo que responda al imperativo de idoneidad prescrito por la Constitución Política. De igual manera, el artículo 111 de la normatividad en mención señala que la formación de los educadores estará dirigida a su profesionalización, actualización, especialización y perfeccionamiento hasta los más altos niveles de postgrado. Así mismo, que los títulos obtenidos y los programas de perfeccionamiento que se adelanten dentro del marco de la ley, son válidos como requisitos para la incorporación y ascenso en el Escalafón Nacional Docente. En el artículo 216, la Ley General de Educación determinó que el Gobierno Nacional, en el plazo de un año contado a partir de su promulgación, debía proceder a reestructurar las normales para que, por necesidad del servicio educativo, pudieran formar educadores del nivel de normalista superior. Estipuló también que las normales que no fueran reestructuradas ajustarían sus programas para ofrecer, preferiblemente programas de la educación media técnica u otros de la educación por niveles y grados, según las necesidades regionales o locales.

(...)

*25.- Ahora bien, la Ley 715 de 2001 fijó los criterios para la incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los de cargos de planta de personal. El artículo 38 señala, entre otros parámetros, que para la incorporación de docentes se daría prioridad al personal vinculado a la fecha y que cumpliera los requisitos para el ejercicio del cargo. **Los bachilleres pedagógicos, en esta***

hipótesis, que venían siendo vinculados mediante órdenes de prestación de servicios “OPS” continuarían en provisionalidad, hasta tanto se proveyeran los cargos por concurso. En todo caso, la materia sería regulada integralmente en el Decreto 1278 de 2002 o “Estatuto de la profesionalización docente”. En el artículo 38 de la Ley 715 bajo estudio se precisó también que los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente al momento de la expedición ley (2001), no requerían nueva vinculación o concurso para continuar en el ejercicio del cargo.

26.- De esta manera, de conformidad con lo dispuesto por la normatividad de recursos y competencias en materia educativa, los docentes que fueron nombrados en propiedad, se posesionaron y estaban escalafonados, conservan sus derechos de carrera docente sin importar que hubieran ingresado sin concurso bajo la vigencia del Decreto 2277 de 1979. Este reconocimiento sólo es admisible hasta 1997, año de la expedición del Decreto 3012. Es decir si hasta tal fecha un bachiller pedagógico docente no se había escalafonado, ya no podrá participar en los concursos de acceso al escalafón, por cuanto no cumple con los requisitos mínimos que actualmente se exigen para ello.

27.- En conclusión de la reconstrucción del marco normativo del ejercicio docente respecto de docentes no egresados de universidades o de institutos de educación superior es posible afirmar que:

(i) Durante la vigencia del decreto 2277 1979, el título de bachiller pedagógico era apto para ejercer la carrera docente.

(ii) Los bachilleres pedagógicos son los egresados de las escuelas normales no reestructuradas que culminaron su educación media con énfasis en pedagogía. No obstante, el Decreto 2903 de 1994 de reestructuración de las normales autorizó a esta categoría de bachilleres para que ingresaran a las escuelas normales

reestructuradas para que cursaran los 4 semestres requeridos para obtener el título de Normalista Superior.

(iii) A partir de la entrada en vigencia de la Ley General de Educación -115 de 1994-, los títulos diferentes al de normalista – expedidos por las escuelas normales reestructuradas- no serían aptos para ingresar a la carrera docente. No obstante, si se trata de bachilleres pedagógicos escalafonados con anterioridad a 1997, los mismos podrán ejercer la docencia en los términos del estatuto docente, mientras demuestren idoneidad en las pruebas de permanencia y ascensos en el mismo.

(iv) El título de bachiller pedagógico fue excluido como título de idoneidad para ejercer la labor docente en los niveles de preescolar y básica primaria a partir de la Ley 115 de 1994.

Como puede verse, el legislador de manera paulatina ha aumentado los estándares de preparación académica de los profesionales docentes, pero siempre ha procurado respetar los derechos adquiridos de quienes desempeñan este tipo de labores.

(...)

34.- En ese sentido la exigencia de títulos mínimos de idoneidad académica para acceder al servicio educativo público lograría de manera adecuada el fin perseguido: el aumento de la calidad de la educación. Aunque tal finalidad supone el concurso de muchos otros factores que derivan no directamente del incremento de los estándares mínimos de idoneidad académica de los docentes, la presencia de maestros altamente calificados permite en mayor medida la obtención del fin al cual se encamina.

La restricción ilegítima del derecho a escoger libremente profesión u oficio por parte de los artículos demandados, tampoco tuvo lugar. Lo anterior por cuanto (i) la posibilidad de acceder a cursos y programas de capacitación no está vedada a los bachilleres académicos Además (ii) el artículo 26 Superior consagra, junto con la garantía de los sujetos de elegir la labor que desarrollarán, la potestad del legislador de exigir títulos de idoneidad en determinadas circunstancias. En conclusión, la necesidad de acreditar preparación pedagógica por parte de quienes decidan libremente ingresar o ascender en la carrera docente, tan solo desarrolla el mandato superior de procurar una educación de calidad superior. 35. Por las razones expuestas en las anteriores consideraciones la Sala declarará exequibles los artículos demandados, respecto del cargo de vulneración del derecho a la igualdad y de la libertad de escogencia de profesión u oficio.

* En la Sentencia C – 479 de 2005²², se reiteraron los argumentos y decisiones tomadas en las sentencias C – 313 de 2003 y C – 422 de 2005, en el sentido de declarar exequibles los artículos 116 y 117 de la ley 115 de 1994, por las mismas razones expuestas en las sentencias mencionadas, pues la demanda se encaminaba a la inconstitucionalidad de normas que estipulaban los mismo, los requisitos mínimos para ejercer la docencia:

“Sin embargo, mediante Sentencia C-422 de 2005, con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, esta Corporación declaró exequibles los artículos 3° y 21, literal a), del Decreto 1278 de 2002, Esta tuto de Profesionalización Docente. Las normas acusadas, al igual que el artículo 116 de la Ley 115 de 1994,

²² CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C-479 de 2005, Magistrado Ponente MARCO GERARDO MONROY CABRA. Expediente D-5485. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 116 y 117 –parcial- de la Ley 115 de 1994.

excluían a los bachilleres pedagógicos del ejercicio de la docencia y de la posibilidad de ingresar al servicio educativo estatal.

(...)

Por lo anterior, en esta oportunidad, la Corte Constitucional considera perfectamente viable reiterar la posición recientemente admitida y, en consecuencia, estima que tampoco el artículo 116 de la Ley 115 de 1994 es inconstitucional por los cargos idénticamente analizados. Ambos, en cuanto regulan el acceso al ejercicio de la docencia en el servicio educativo estatal, consagran una medida que ha sido encontrada legítima por el juez constitucional, para el cual la persecución de mejores niveles de preparación de los educadores es una razón de interés público que amerita elevar las exigencias profesionales. Por idénticas razones, la Corporación considera que el párrafo del artículo 117 de la Ley demandada resulta exequible, pero exclusivamente por los cargos analizados en esta providencia.”

En este pronunciamiento al igual que en la sentencia C – 313 de 2003 hizo una salvedad relacionada con los bachilleres pedagógicos escalafonados que ingresaron a la carrera docente en virtud del decreto 2277 de 1979:

“En este sentido, la Corte reitera lo dicho en las sentencias C-617/02²³ y C-313/03²⁴ en las que la Corporación advirtió que la coexistencia de los estatutos de profesionalización docente dictados mediante decretos 2277 de 1979 y 1278 de 2002 obligaba el respeto por los derechos de quienes ya hubieren ingresado al escalafón según las exigencias requeridas cuando se vincularon a él. Sobre este particular, la Corte dijo en la Sentencia C-313 de 2002:

²³ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA MM.PP. Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA M.P. Álvaro Tafur Gálvis

Los argumentos señalados en la Sentencia C-617 de 2002²⁵ a que se ha hecho referencia anteriormente y que sirvieron para justificar la constitucionalidad de la norma de facultades, deben en consecuencia reiterarse en esta ocasión en relación con la constitucionalidad del artículo 2 del Decreto 1278 de 2002.

(...)

De allí que el artículo 2 acusado haya dispuesto que el nuevo régimen se aplica únicamente a los docentes, directivos docentes y administrativos que ingresen a partir de la vigencia del decreto 1278 de 2002.

Los docentes que se hayan vinculado a la carrera de conformidad con el Decreto Ley 2277 de 1979 continuarán rigiéndose por sus normas y por tanto se respetarán los derechos que hayan adquirido conforme a las mismas. (Sentencia C-313 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Gálvis) (Subrayas fuera del original)”

* Continuando con la línea de los derechos adquiridos de los docentes, sentada por la Corte Constitucional, se puede observar que estos argumentos han sido ratificados al efectuar otros exámenes de constitucionalidad sobre el Nuevo Estatuto del Profesional docente. Es así como en la Sentencia C-647 de 2006²⁵, expuso las siguientes ideas sobre los derechos adquiridos de los bachilleres pedagógicos escalafonados.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C-647 de 2006, Magistrado Ponente ALVARO TAFUR GALVIS . Expediente D-6085.

En primer lugar el alto tribunal constató que existía cosa juzgada respecto de algunos de los cargos de inconstitucionalidad formulados en contra de los artículos 2º y 3º demandados. De ahí que se dispusiera en esta oportunidad estar a lo ya resuelto en las sentencias C-313 de 2003 y C-422 de 2005.

Por el avance paulatino de la vida cotidiana se hacen a cada momento indispensable el fijamiento de nuevos requisitos mínimos para acceder a un cargo publico, lo anterior a fin de elevar los índices de efectividad en la prestación de servicio publico buscando principalmente una profesionalización de los estándares de preparación académica, en este caso encaminados hacia la profesionalización docente, para garantizar un aumento de la calidad educativa en un marco globalizado de competición, procurando siempre respetar los derechos adquiridos de quienes desempeñan este tipo de labores.

Desde esa perspectiva, la Corte encontró que no cabe predicar vulneración alguna de los derechos adquiridos de los bachilleres pedagógicos en las normas acusadas, lo que se interpreta armónicamente con los argumentos de estudio de artículo 7 de decreto 1278 de 2002 (C-1169 de 2004).

En efecto, dijo, los bachilleres pedagógicos que hayan ingresado a la carrera docente con anterioridad a la expedición del Decreto 1278 de 2002, cumpliendo los requisitos previstos en el Decreto 2277 de 1979, conservan sus derechos de carrera y la facultad de ejercer la docencia en los términos señalados en este decreto.

Con posterioridad a la expedición de decreto 1278 de junio 19 de 2002, los bachilleres pedagógicos que pretendan vincularse al servicio docente deberán cumplir los nuevos requisitos que señala este decreto, los cuales ciertamente son más rigurosos dentro de la perspectiva de la profesionalización de dicha actividad y que son a los que aluden las normas acusadas, sin que sobre mencionar que la vinculación a un cargo debe darse en desarrollo de lo preceptuado en el artículo

125 de la Constitución Nacional, para el caso de la carrera docente, reglamentado por el decreto 3238, que convoco a concurso de meritos.

Los artículos acusados constituyen en si el núcleo del nuevo estatuto docente, respecto del cual no cabe invocar ningún derecho adquirido por parte de los bachilleres pedagógicos que deseen ingresar al escalafón docente, por cuanto son diferentes de las meras expectativas y como tal no han cumplido con todos los requisitos y solemnidades contenidos en la Constitución y la Ley para tener tal definición.

En este orden de ideas debe señalarse así mismo que de los únicos bachilleres pedagógicos que puede considerarse que tienen derechos adquiridos respecto a esta condición son los docentes vinculados conforme a lo establecido en el Decreto Ley 2277 de 1979, en cuanto se hubieren cumplido los requisitos mínimos exigidos en éste. Correspondiendo por tanto a la administración, en todo caso respetar, los derechos adquiridos siempre que se hayan cumplido las condiciones legales del establecimiento de situaciones jurídicas particulares y concretas".

4. SITUACIÓN ACTUAL

4.1. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA PRESERVAR LA ARMONÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL CONTEXTO SOCIAL.

La Constitución Política de 1991 confirió al ciudadano una acción pública ante la Corte Constitucional con el objeto de interponer demandas de inconstitucionalidad contra:

- Actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.

- Contra leyes, tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento en su formación
- Contra decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno, con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

El ejercicio de esta acción, hace realidad el postulado del artículo 40 de la Carta Política según el cual *“Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control político. Para hacer efectivo este derecho puede ... 6º Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la Ley”* El trámite de las acciones públicas de inconstitucionalidad de rige por el decreto 2067 de 1991.

Como se puede observar a lo largo de nuestro análisis, se ha hecho referencia a la reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, producto de las

demandas de Inconstitucionalidad, sobre todo en relación a diferentes artículos del decreto 1278 de 2002, como a continuación se relacionan:

Sentencia C – 313 de 2003: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º, 3º, 5º, 7º, 17, 21, 23, 24, 36, 37, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 53, 57, 58, 61 63, 65, 67 y 68 del Decreto 1278 de 2002.

Sentencia C-1169 de 2004: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 7, 13 (parágrafo) y 46 -parciales- del Decreto-Ley 1278 de 2002.

Sentencia C – 422 de 2005: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 7 (parcial) y 21 (parcial) del Decreto 1278 de 2002.

Sentencia C – 479 de 2005: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 116 y 117 –parcial- de la ley 115 de 1994.

Sentencia C- 647 de 2006: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 21 del decreto 1278 de 2002.

Como su puede observar, la mayoría de las demandas han sido instauradas para debatir la inconstitucionalidad de diferentes artículos del decreto 1278 de 2002 Estatuto de Profesionalización Docente, argumentando la vulneración de derechos constitucionales en todas ellas invocados repetidamente, como el derecho al trabajo, a la igualdad, a la libertad de escoger profesión u oficio y a la participación efectiva en ejercicio del poder político.

El Decreto 1278 de 2002 es un decreto con fuerza de ley, expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el legislador, conferidas por medio del artículo 111 de la ley 715 de 2001, que al tenor reza:

“ Artículo 111. Facultades extraordinarias (..)

111.2 Se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de seis (6) meses, contados a partir de la vigencia de la presente ley para expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docente, y administrativas que ingresen a partir de la promulgación de la presente ley, que sea acorde con la nueva distribución de recurso y competencias y con los recursos.

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.

(...)

(Subraya fuera del texto)

Ante la Corte Constitucional se han interpuesto demandas de inconstitucionalidad contra los artículos del Decreto 1278 de 2002, tanto por su contenido material como por vicios en su expedición, ese es el caso de la Sentencia C – 1169 de 2004, donde se controvertió la extralimitación en el uso de las facultades otorgadas al Presidente.

Sin embargo, como se ha visto, la Corte Constitucional ha sido enfática al analizar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el Decreto 1278 de 2002, en especial de los requisitos mínimos para acceder a un cargo de carrera docente, en argumentar que no existe vulneración alguna, entrándose de bachilleres pedagógicos, a quienes se les respeta sus derechos adquiridos siempre y cuando hayan cumplido los requisitos para ingresar a la carrera docente en vigencia del decreto 2277 de 1979 (Escalafón, vinculación en propiedad y posesión); no así

para los bachilleres pedagógicos escalafonados que pretendan vincularse a la carrera docente en vigencia del decreto 1278 de 2002.

En este último caso no se estaría hablando de derechos adquiridos, pues el simple escalafonamiento no da derecho a ingresar de manera automática a un cargo de carrera, entonces al no encontrarse vinculados a la carrera docente en vigencia del decreto 2277 de 1979, tienen que someterse a las reglas que se establecen en el nuevo régimen legal, es decir en el decreto 1278 de 2002 a las cuales deben acogerse todas las personas que aspiren a vincularse a la carrera docente, en vigencia de este nuevo decreto.

Así pues, hemos elaborado una línea jurisprudencial con los pronunciamientos de la Corte, teniendo como Sentencia Hito la sentencia C - 313 de 2003, en la cual se deja bastante claro el alcance de la Teoría de los Derechos Adquiridos tratándose de bachilleres pedagógicos escalafonados que pretendan vincularse en vigencia del decreto 1278 de 2002, continuando con una reiterada argumentación en las sentencias precedentes y en algunas realizando nuevos pronunciamientos de acuerdo a los cargos hechos.

4.2. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO IDÓNEO PARA PROTEGER LOS DERECHOS DE LOS EDUCADORES DENTRO DEL PROCESO DE CONCURSO DE MÉRITOS.

4.2.1 Acción de tutela.

Consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional y reglamentada por el decreto 2591 de 1991, fue instituida como mecanismo ágil y eficaz para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando resulten vulnerados o amenazados por la actuación u omisión de una autoridad

pública o de un particular, caracterizada por su naturaleza excepcional y subsidiaria

Procede siempre y cuando no se cuente con otro mecanismo de defensa judicial o de existir éste, se trate de evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual la protección opera de manera transitoria, hasta tanto se pronuncie la jurisdicción competente.

Con fundamento en lo anterior, se considera que la acción de tutela procede cuando se acrediten ciertos presupuestos, a saber:

- Que se demuestre la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, debido a una acción u omisión de alguna autoridad pública o de un particular.
- Como se trata de una acción residual, debe ser el único medio de defensa judicial con que cuenta la persona y frente a un perjuicio irremediable, este debe demostrarse para poder decretar la tutela en forma transitoria.
- En el caso de actos y dada la condición pública de las autoridades demandadas, la petición de tutela resulta procedente acorde a la disposición del artículo 5º del Decreto 2591 de 1991.

Para el caso materia de nuestro análisis, la controversia radica en la posibilidad de proteger por medio de la acción de tutela, los derechos de los bachilleres pedagógicos escalafonados que habían adquirido antes de la expedición del decreto 1278 de 2002.

En aras de realizar un estudio práctico sobre el tema mencionado, se tendrán como objeto de examen dos de los fallos dictados por jueces de tutela de primera y segunda instancia en nuestra localidad, donde se tutelaron los derechos a la igualdad y al debido proceso, con fundamento en los derechos adquiridos por los

bachilleres pedagógicos, a la entrada en vigencia del decreto 1278 de 2002, respecto de dos docentes que participaron en el concurso convocado por el Municipio de Pasto, los cuales se encontraban en idénticas situaciones fácticas.

A continuación se hace un resumen de los argumentos que sustentan el amparo de tutela:

4.2.2 Casos concretos

4.2.3 Antecedentes

Los actores poseen título de bachiller pedagógico y se inscribieron al grado uno del Escalafón Nacional Docente regido por el Decreto Ley 2277 de 1979; por lo tanto cuentan con el reconocimiento legal y la idoneidad profesional para desempeñarse como docentes. Nombrados provisionalmente.

Se inscribieron en el concurso convocado por la Alcaldía de Pasto – Secretaria de Educación Municipal, aprobando satisfactoriamente las prueba de aptitudes; sin embargo en la etapa final de selección, la administración expidió actos administrativos, por medio de los cuales se los excluyó del concurso, argumentando que el título de bachiller pedagógico no era idóneo para ingresar al nuevo sistema de carrera docente, lo que a juicio de los accionantes desconoce su formación profesional y el escalafón adquirido bajo el marco legal.

Habiendo agotado la vía gubernativa, recurrieron a este medio de defensa, considerando que la vía ordinaria tardaría años en la solución del conflicto presentado.

4.2.4 Fundamentos del amparo solicitado

Entre los argumentos esgrimidos por los accionantes, se encuentran como los más relevantes para nuestro estudio, los siguientes:

1. Teniendo en cuenta que el respeto a los derechos adquiridos constituye un principio fundamental de nuestro Estado Social de Derecho, quienes, hasta la entrada en vigencia de la ley 115 de 1994, se encontraban escalafonados, en su condición de bachilleres pedagógicos y normalistas, siguieron habilitados profesionalmente para ejercer la docencia. Además, de la lectura del artículo 118 ibídem, se deduce que hasta su expedición, a todos los educadores que laboraban sin escalafón, se les respetó la estabilidad laboral y les dio la posibilidad de escalafonarse reuniendo los requisitos de ley, sin embargo, nada se dijo en relación a los bachilleres pedagógicos o maestros, quienes ya ostentaban el escalafón docente; precisamente, porque tal como lo prescribe el artículo 5° del decreto 2277 de 1979, para ejercer el magisterio, debían demostrar título docente o estar inscritos en el Escalafón Nacional Docente. Ninguna norma posterior podía desconocer este justo título por ser adquirido bajo el régimen de leyes civiles.
2. El decreto expedido por el Municipio de Pasto para convocar a concurso docente para proveer las vacantes existentes en esta localidad, no discriminó que en este, podían participar maestros o bachilleres debidamente escalafonados antes de la expedición de la ley 115 de 1994, siendo inconstitucional excluirlos del precitado concurso.
3. Como quiera que el ICFES, el Ministerio de Educación Nacional y el Municipio de Pasto, entidades responsables de aplicar el concurso de méritos para los docentes en esta localidad, eran concientes del respeto que debe brindarse a los derechos adquiridos que ostentan los bachilleres pedagógicos y normalistas debidamente escalafonados, se les permitió sin inconveniente alguno inscribirse al concurso, pensando tal vez que ninguno de ellos superaría la difícil prueba escrita de carácter eliminatorio, pero

como algunos docentes que se encontraban en esta situación, entre ellos los accionantes, superaron esta prueba, fueron convocados a la entrevista sin inconveniente alguno.

Sin embargo, sin tener en cuenta los derechos adquiridos de estos docentes, en la última etapa del concurso, al analizar los antecedentes y hoja de vida, la administración municipal, decidió de manera arbitraria excluirlos del concurso.

4. En un pronunciamiento de la Corte Constitucional se brinda claridad sobre el respeto de los derechos adquiridos por los bachilleres pedagógicos y normalistas debidamente escalafonados, es así como esta alta Corporación la sentencia de constitucionalidad C-479 del 10 de mayo de 2005, con ponencia del magistrado MARCO GERARDO MORROY CABRA, al declarar exequible el artículo 116 de la ley 115 de 1995, hizo la siguiente precisión:

“Con todo, antes de finalizar, esta Corporación encuentra indispensable hacer una salvedad respecto de los bachilleres pedagógicos que ya se encuentran incluidos en el escalafón docente. En su caso, las preceptivas constitucionales que consagran el respeto por los derechos adquiridos (Arts. 53 y 58 C.P.) obligan a considerarlos como aptos para el ejercicio de la profesión docente, pues tal derecho les ha sido reconocido por la circunstancia de haberse escalafonado tras el cumplimiento de los requisitos exigidos para ello. En esa medida, para la Corte, los bachilleres pedagógicos escalafonados conservan la facultad de ejercer la docencia en los términos señalados en la legislación pertinente, por lo que éstos no pueden verse afectados por la decisión legislativa que fue demandada.”

4.2.5. Fallo de primera instancia

Solo en uno de los casos se profirió fallo favorable en primera instancia²⁶, para tutelar los derechos fundamentales del actor y acceder al amparo solicitado, el juez constitucional se fundamentó en las sentencias de la Corte Constitucional, C-617 de 2002, C-313 de 2003 y C-479 de 2005, teniendo como uno de los argumentos determinantes para la decisión el siguiente, expuesto en la última sentencia:

“En este sentido, la Corte reitera lo dicho en las sentencias C-617 de 2002 y C-313 de 2003 en las que la Corporación advirtió que la coexistencia de los estatutos de profesionalización docente dictados mediante decretos 2277 de 1979 y 1278 de 2002 obligaba el respeto por los derechos de quienes ya hubieran ingresado al escalafón según las exigencias requeridas cuando se vincularon a él.”

Con fundamento en lo anterior, el juez constitucional decidió acoger los argumentos esgrimidos por la parte actora, respecto a los derechos adquiridos por los bachilleres pedagógicos que ingresaron al escalafón antes del decreto 1278 de 2002, teniendo como fundamento, el ingreso al escalafón docente, tutelando de manera transitoria los derechos a la igualdad y al trabajo.

4.2.6. Fallo de segunda instancia

En ambos casos se impugno el fallo, el favorable por parte de la administración municipal y el desfavorable por parte del actor.

²⁶ JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE PASTO. Tutela 2005-150, fecha 11 de Agosto de 2005.

La segunda instancia fue asumida por el mismo juez en los dos casos, tutelando los derechos de los accionantes de manera transitoria²⁷, con fundamento en los siguientes argumentos:

El juez constitucional consideró vulnerados el derecho a la igualdad y al debido proceso, pues en la legislación no se previó un régimen de transición para realizar el cambio de requisitos y aumentar el requisito mínimo de bachiller pedagógico o normalista al de normalista superior, por tanto se ve afectado el derecho al debido proceso.

Realizó un análisis acerca de la idoneidad y capacidad para ejercer la docencia por parte de los bachilleres pedagógicos, misma que fue reconocida por el decreto 2277 de 1979

Igualmente hizo referencia al argumento esgrimido en el escrito de tutela, referente al pronunciamiento de la Corte en la Sentencia C – 479 de 2005.

4.2.7. Análisis del asunto

Como se ha visto, a nivel jurisprudencial se ha consolidado el concepto de Derechos Adquiridos específicamente en el caso de los bachilleres pedagógicos y normalistas escalafonados, con la entrada en vigencia del decreto 1278 de 2002.

Concluyendo, se encuentra plenamente aclarado, que no es lo mismo estar inscrito en el Escalafón Docente que encontrarse dentro de la carrera docente,

²⁷ JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO DE PASTO. Tutela 2005-00150 Sentencia segunda instancia No.018 de 27 de septiembre de 2005,

pues uno de los requisitos para entrar a la misma, de acuerdo al decreto 2277 de 1979, era encontrarse inscrito en el escalafón, por tanto este solo hecho, no da derecho a ingresar a la carrera docente de forma automática, pues es solo uno de los requisitos, exigidos por el decreto 2277 de 1979, para ingresar a un cargo de carrera, así:

- Ser educador oficial inscrito en el escalafón docente
- Ser designado para un cargo docente en propiedad
- Tomar posesión del mismo.

Ahora bien, los pronunciamientos de la Corte en la sentencia C-479 de 2005, respecto a la constitucionalidad de los artículos 116 y 117 de la ley 115 de 1994, debe revisarse la sentencia en su totalidad, en la cual se hace alusión también a las sentencias C- 313 de 2003 y C – 422 de 2005, en las cuales se declaró la exequibilidad de las normas demandadas.

“Sin embargo, mediante Sentencia C-422 de 2005, con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, esta Corporación declaró exequibles los artículos 3° y 21, literal a), del Decreto 1278 de 2002, Esta tuto de Profesionalización Docente. Las normas acusadas, al igual que el artículo 116 de la Ley 115 de 1994, excluían a los bachilleres pedagógicos del ejercicio de la docencia y de la posibilidad de ingresar al servicio educativo estatal.”

En el mismo sentido fue resuelta la demanda de inconstitucionalidad en la sentencia precitada

“Por lo anterior, en esta oportunidad, la Corte Constitucional considera perfectamente viable reiterar la posición recientemente admitida y, en consecuencia, estima que tampoco el artículo 116 de la Ley 115 de 1994 es inconstitucional por los cargos idénticamente analizados. Ambos, en cuanto regulan el acceso al ejercicio de la docencia en el servicio educativo estatal, consagran una medida que ha sido encontrada legítima por el juez constitucional, para el cual la persecución de mejores niveles de preparación de los educadores es una razón de interés público que amerita elevar las exigencias profesionales. Por idénticas razones, la Corporación considera que el párrafo del artículo 117 de la Ley demandada resulta exequible, pero exclusivamente por los cargos analizados en esta providencia.”

Respecto a la salvedad mencionada en un aparte de la sentencia C – 479 de 2005, esta hace referencia a los bachilleres pedagógicos escalafonados que se encontraran en carrera de acuerdo al régimen del decreto 2277 de 1979, para lo cual acudió al pronunciamiento que había hecho la Corte en sentencia C- 313 de 2003:

“Los docentes que se hayan vinculado a la carrera de conformidad con el Decreto Ley 2277 de 1979 continuarán rigiéndose por sus normas y por tanto se respetarán los derechos que hayan adquirido conforme a las mismas.” (Sentencia C-313 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Gálvis)
(Subrayas fuera del original)”

Así las cosas, se tiene que la salvedad que hace respecto a los bachilleres pedagógicos escalafonados que se encontraban en carrera de acuerdo al decreto 2277 de 1979, quienes ya tienen unos derechos adquiridos a la entrada en vigencia del decreto 1278 de 2002.

Sin embargo, no puede predicarse lo mismo de los bachilleres pedagógicos escalafonados que no se encontraban en carrera al momento de entrar en vigencia el nuevo estatuto de profesionalización docente, pues éstos en el evento de querer ingresar a la carrera docente, deben acogerse a los requisitos establecidos en la ley vigente, en este caso el decreto 1278 de 2002, por tanto el título que poseen se encuentra excluido como requisito mínimo para ingresar a la carrera docente.

En el nuevo decreto 1278 de 2002, los requisitos para ingresar a la carrera docente son los siguientes:

- Poseer título de licenciado o profesional o título de normalista superior
- Superar el concurso de méritos
- Superar el periodo de prueba

Con fundamento en lo anterior, se concluye que los bachilleres pedagógicos escalafonados no cumplieron con el primer requisito, pues si bien, se inscribieron al concurso, y solo hasta la etapa de valoración de antecedentes, la administración expidió el acto administrativo por el cual fueron excluidos por no acreditar el requisito mínimo para ingresar a un cargo de carrera que es el título de normalista superior, por este solo hecho no se puede hablar de derechos adquiridos ya que un yerro de la administración no es justificación para consolidar situaciones jurídicas inexistentes.

A este argumento se puede agregar lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2º del decreto 1278, que establece: *“Los educadores estatales ingresaran primero al servicio, y si superan satisfactoriamente el periodo de prueba, se inscribirán en el Escalafón Docente, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto.”*

Con el párrafo transcrito, se infiere que se trata de un nuevo régimen de carrera docente, en el que se debe atravesar unas etapas y cumplir unos requisitos para vincularse a la carrera, estableciendo también un nuevo Escalafón Docente, por tanto el escalafón al que se encontraban inscritos anteriormente los docentes, que decidieron participar en el nuevo régimen y someterse a las nuevas reglas para acceder a un cargo docente, no se tiene en cuenta para éste, pues de ahora en adelante se registrarán por el nuevo Estatuto de Profesionalización Docente y el nuevo Escalafón.

4.3. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como consecuencia de los fallos de tutela proferidos por los jueces constitucionales, se concede a los accionantes un plazo para interponer la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho con el fin de que la jurisdicción competente resuelva de fondo el asunto.

El artículo 85 del Código Contencioso Administrativo establece:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de que pago indebidamente.”

Esta acción se puede fundar en actos, hechos u omisiones y operaciones de la administración.

Así en los casos expuestos, en los que se instauró la acción de tutela con el fin de amparar derechos fundamentales, se otorgó este amparo de carácter transitorio, y se brindó a los actores un término para interponer la acción de nulidad y

reestablecimiento ante la jurisdicción contenciosa administrativa, con el fin de solicitar la nulidad del acto administrativo que los excluyó del concurso de méritos y el restablecimiento del derecho dejándolos participar en el concurso.

4.3.1 Fundamentos fácticos de la acción en los casos concretos:

“LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y LOS PRINCIPIOS MÍNIMOS QUE RIGEN LAS RELACIONES LABORALES.

El docente se encuentra legalmente escalafonado; por lo tanto posee un derecho adquirido con justo título, es decir con arreglo a la normatividad vigente a la época en que obtuvo este reconocimiento, año 1974, en vigencia del decreto 2277 de 1979 y que el estado de derecho no puede desconocer.

El tratamiento que la legislación Colombiana ha dado a los bachilleres pedagógicos y normalistas respecto al escalafón docente es el siguiente:

Con el advenimiento de la Constitución Política de 1991 y la expedición de la ley general de educación-ley 115 de 1993- se establecieron nuevas reglas para el ejercicio de la docencia, es así como el artículo 116 de esta norma, determinó que para el ingreso a la carrera docente se requería título de licenciado o de normalista superior, además de encontrarse debidamente escalafonado; es decir, se dejó por fuera del ejercicio profesional docente a los bachilleres pedagógicos y normalistas. Es claro entonces, que a partir de la vigencia de esta norma (8 de febrero de 1994) se cerró la posibilidad legal de inscripción en el escalafón docente y del ejercicio de la docencia a los bachilleres pedagógicos y normalistas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el respeto a los derechos adquiridos constituye un principio fundamental de nuestro estado social de derecho, quienes, hasta la entrada en vigencia de la ley 115 de 1994, se encontraban escalafonados, en su condición de bachilleres pedagógicos y normalistas, siguieron habilitados

profesionalmente para ejercer la docencia. Además, de la lectura del artículo 118 ibídem, se deduce que hasta su expedición, a todos los educadores que laboraban sin escalafón, se les respetó la estabilidad laboral y les dio la posibilidad de escalafonarse reuniendo los requisitos de ley sin embargo, nada se dijo en relación a los bachilleres pedagógicos o maestros, quienes ya ostentaban el escalafón docente; precisamente, porque tal como lo prescribe el artículo 5° del decreto 2277 de 1979, para ejercer el magisterio, debían demostrar título docente o estar inscritos en el Escalafón Nacional Docente. Ninguna norma posterior podía desconocer este justo título por ser adquirido bajo el régimen de leyes civiles.

Las determinaciones tomadas por el artículo 116 de la ley 115 de 1994, fueron ratificadas por el nuevo estatuto de profesionalización docente, decreto 1278 de 2003, que determinó que solo pueden ser admitidos en la nueva carrera docente los normalistas superiores, los licenciados y los profesionales de otras áreas; en igual sentido lo hizo la norma que reglamentó el concurso de méritos para el ingreso a la carrera docente y el decreto expedido por el Municipio de Pasto para convocar a concurso docente para proveer las vacantes existentes en esta localidad, sin discriminar que en este, podían participar maestros o bachilleres debidamente escalafonados antes de la expedición de la ley 115 de 1994, siendo inconstitucional excluirlos del precitado concurso.

Como quiera que el ICFES, el Ministerio de Educación Nacional y el Municipio de Pasto, entidades responsables de aplicar el concurso de méritos para los docentes en esta localidad, eran conscientes del respeto que debe brindarse a los derechos adquiridos que ostentan los bachilleres pedagógicos y normalistas debidamente escalafonados, se les permitió sin inconveniente alguno inscribirse al concurso, pensando tal vez que ninguno de ellos superaría la difícil prueba escrita de carácter eliminatorio, pero como algunos docentes que se encontraban en esta situación, entre ellos el demandante, superaron esta prueba, fueron convocados a

la entrevista sin inconveniente alguno. Sin embargo, sin tener en cuenta los derechos adquiridos de estos docentes, en la última etapa del concurso, al analizar los antecedentes y hoja de vida, la administración municipal, decidió de manera arbitraria excluirlos del concurso.

La Corte Constitucional que brinda claridad sobre el respeto de los derechos adquiridos por los bachilleres pedagógicos y normalistas debidamente escalafonados, es así como esta alta corporación, mediante la sentencia de constitucionalidad antes citada-C-479 del 10 de mayo de 2005, con ponencia del magistrado MARCO GERARDO MORROY CABRA, al declarar exequible el artículo 116 de la ley 115 de 1995, hizo la siguiente precisión:

“Con todo, antes de finalizar, esta Corporación encuentra indispensable hacer una salvedad respecto de los bachilleres pedagógicos que ya se encuentran incluidos en el escalafón docente. En su caso, las preceptivas constitucionales que consagran el respeto por los derechos adquiridos (Arts. 53 y 58 C.P.) obligan a considerarlos como aptos para el ejercicio de la profesión docente, pues tal derecho les ha sido reconocido por la circunstancia de haberse escalafonado tras el cumplimiento de los requisitos exigidos para ello. En esa medida, para la Corte, los bachilleres pedagógicos escalafonados conservan la facultad de ejercer la docencia en los términos señalados en la legislación pertinente, por lo que éstos no pueden verse afectados por la decisión legislativa que fue demandada.”

Sobre esta figura, la Corte Constitucional sostiene que si la administración no obtiene el consentimiento expreso y por escrito del titular del derecho subjetivo debe activar la jurisdicción contenciosa administrativa. Las autoridades, en estos casos, están en la obligación de demandar sus propios actos si los consideran ilegales, dentro de los términos que señala el artículo 136 del C .C. A. modificado por la ley 446 de 1998, lo que implica que la autoridad no puede optar libremente

por la acción (de nulidad o restablecimiento del derecho), ya que esta depende de la clase de acto que debe demandar (de carácter general o particular). Si el derecho constituido es de efectos individuales, es el restablecimiento del derecho el único medio que tiene la administración para la defensa de la legalidad, lo que implica que esta acción debe instaurarse dentro de los dos años, contados a partir del día siguiente a la expedición del acto administrativo. La Corte Constitucional así fijo la doctrina sobre un caso análogo y sometió a investigación disciplinaria y penal a las autoridades que dejaron vencer el término consagrado en el numeral 7 del artículo 44 de la ley 446 de 1998 modificadorio del artículo 136 del Decreto 01 de 1994. La sentencia T- 276 de 2.000 sostiene:

Por otra parte, ha de observarse que la Sala de Revisión al ordenar que se dejen sin efecto los actos administrativos que revocaron directamente los nombramientos de los demandantes, y señalarle al Alcalde que, si lo considera, debe acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para lograr lo pretendido con las revocatorias directas, por no contar con el consentimiento expreso y escrito de los respectivos titulares, no se está desconociendo el contenido del artículo 44, numeral 7, de la ley 446 de 1998, sobre el término de caducidad allí estipulado.”

4.3.2 Efectos del amparo de tutela y la decisión de la jurisdicción contenciosa administrativa

Una consecuencia particular originada en la orden que se dio por parte del juez constitucional, consiste en que el amparo concedido surtirá efectos hasta tanto la jurisdicción competente resuelva de fondo el asunto.

Ahora bien, mediante fallo de tutela se logró incluir nuevamente a los bachilleres pedagógicos que habían sido excluidos del concurso de méritos convocado en virtud del decreto 1278 de 2002, el cual consta de ciertas etapas, siendo la última,

la superación del periodo de prueba, después del cual se realiza una evaluación de desempeño y si es aprobada se procede a realizar el nombramiento en propiedad, quedando en consecuencia el docente en carrera.

En este orden de ideas, resulta un hecho curioso que los bachilleres pedagógicos incluidos nuevamente al concurso por fallo de tutela, no solo produce este efecto, sino que seguirán laborando hasta tanto la jurisdicción contenciosa administrativa resuelva de fondo el asunto, y como bien es sabido el tiempo de duración de estos procesos es prolongado, creándose así una situación jurídica por fuera de la ley pero amparada constitucionalmente.

La alcaldía municipal de Pasto y en su nombre la Secretaría de Educación Municipal dieron cumplimiento en el termino perentorio ordenado por la ley para estos casos mediante la expedición de los correspondientes actos administrativos motivados para la iniciación del periodo de prueba, una vez superado este periodo, la administración tuvo que expedir los actos administrativos de nombramiento en un cargo docente, condicionado al pronunciamiento de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en cuya sentencia se determinara la legalidad de los actos administrativos que excluyeron a estos docentes del Concurso Público de Meritos.

4.4 PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA IDONEIDAD DE LA TUTELA PARA LOS CASOS ANALIZADOS.

Para finalizar el presente trabajo no sobra efectuar una relación sobre la acción de tutela interpuesta por el señor Juan Mauricio Rodríguez Posada, en contra la Secretaría de Educación de Cundinamarca, la cual por petición expresa de esta entidad fue revisada por la Corte Constitucional mediante la sentencia T-766 de 2006²⁸, la que tiene íntima relación con el tema objeto del presente trabajo.

I. ANTECEDENTES.

A. Hechos.

El actor indica que mediante Decreto 271 de 2004 expedido por el Gobernador de Cundinamarca, se convocó a concurso público de méritos para directivos y docentes en la planta de cargos de la Secretaría de Educación de Cundinamarca, en el cual se inscribió, presentando la documentación indispensable para acreditar la idoneidad académica exigida.

Luego presentó las pruebas de aptitudes y competencias básicas, las que aprobó con resultados satisfactorios y su nombre fue publicado en el listado de elegibles, pero de manera inexplicable la Dirección de Administración de Personal de la demandada, le negó el nombramiento como docente a que tiene derecho, razón por la cual procedió a elevar petición a la accionada, recibiendo como respuesta que la formación académica como bachiller pedagogo era motivo de impedimento para ejercer la docencia y, por tanto, no podía ser nombrado en el cargo al que aspiraba.

Afirma que la administración, al momento de participar en el concurso y en la etapa de verificación de requisitos de los admitidos, no lo excluyó legalmente si consideraba que no reunía los requisitos, pues según el Decreto 968 de 1995 amparaba su situación jurídica, considerando que se recibió de bachiller

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL-COLOMBIANA , Referencia: expediente T-1344172 del siete (7) de septiembre de dos mil seis (2006). Magistrado Ponente NILSON PINILLA PINILLA.

pedagógico antes del 1° de febrero de 1994 y la ley lo acredita para desempeñar el cargo de docente.

El actor considera que el ente demandado le ha vulnerado sus derechos fundamentales al trabajo, debido proceso e igualdad, al no tener en cuenta el título de bachiller pedagógico como idóneo, para acreditarlo en la valoración de antecedentes y en consecuencia en la lista de elegibles, dentro de la convocatoria efectuada por la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, para la provisión de docentes y directivos docentes en el Departamento.

B. Pretensión.

El actor solicita se ordene al ente demandado nombrarlo como docente, por haber participado y aprobado el concurso de méritos según convocatoria del Decreto Departamental 271 de 2004, ya que se encuentra en la lista de elegibles y las demás personas que aprobaron el concurso ya fueron nombradas y posesionadas.

C. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del 31 de enero de 2006, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá denegó la tutela solicitada, por las siguientes razones:

La acción de tutela se encuentra instituida como remedio excepcional que procede contra la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, solo cuando el afectado no dispone de otro mecanismo de defensa judicial.

Considera que, en el caso estudiado es evidente que lo pretendido por el actor es que se proceda a su nombramiento como docente, pese a que no cumple con los requisitos mínimos exigidos para el efecto; lo que implicaría para el juez de tutela el desconocimiento de las normas referidas al concurso público de méritos para

docentes y directivos docentes, así mismo de los demás actos proferidos por la administración referidos a la reglamentación del concurso, los cuales deben ser atacados, si hubiese lugar, por las acciones que para el efecto se prevén en el Código Contencioso Administrativo, esto es, la acción de nulidad y/o de restablecimiento del derecho.

No podría el juez de tutela ir en contra de la reglamentación mencionada, puesto que no es de su competencia revocar decisiones administrativas que gozan de la presunción de legalidad, como atributo propio de las mismas, lo cual ha sido afirmado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-277 de 1995.

Además, de los hechos narrados por el actor y de la documentación aportada al proceso, no se infiere que se le esté ocasionando un perjuicio irremediable, pues no se acreditan los elementos integrantes de este concepto de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, por lo cual no es procedente el amparo de tutela como mecanismo transitorio.

D. Sentencia de segunda instancia.

Mediante sentencia del 15 de marzo de 2006, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, revocó el fallo del a quo, al considerar el artículo 7° del Decreto 1278 de 2002: *“INGRESO AL SERVICIO EDUCATIVO ESTATAL. A partir de la vigencia de este decreto, para ingresar al servicio educativo estatal 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, 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 formación.”*

Entendió el Tribunal que para el ingreso al servicio educativo estatal, las normas nuevas se aplicarían “*A partir de la vigencia de este decreto...*”, en sentido que obligaba a la accionada a entender que se refería a los nuevos profesionales y no comprendió esa disposición el caso concreto del actor, quien obtuvo el título de bachiller pedagógico en 1985, es decir antes del 8 de febrero de 1994, además de haber sido inscrito en el Escalafón Nacional Docente de conformidad a las normas vigentes.

Mediante Resolución 003177 de 2005, se publicó la calificación definitiva de 61.03; luego, mediante Resolución 003377 de 2005 se fijó la lista de elegibles del concurso, dentro de la cual se encontraba nuevamente el actor, terminando de esta manera el concurso, siendo estas resoluciones favorables al actor y por esto no tenía sentido atacarlas. Después mediante Resolución 00469 de 2005, de oficio se modificó la Resolución 003377 de 2005, justificando el cambio en el Decreto 3238 de 2004 que reglamenta los concursos que rigen para la carrera docente, concretamente el artículo 11 que hace referencia a corrección de errores.

Entiende el Tribunal que al momento de la valoración de los documentos de antecedentes para determinar los requisitos legales el aspirante no los cumplía, entonces debía ser excluido del concurso mediante acto motivado susceptible de recursos, pero esto no aconteció, ya que fue excluido del concurso luego de publicadas las listas.

El ente accionado con una interpretación de las normas, que el Tribunal consideró equivocadas, exigió que el actor como bachiller pedagógico, con título antes de febrero de 1994, debía ingresar a las Escuelas Normales Superiores para obtener el título de Normalista Superior, y bajo este argumento determinó el puntaje del actor con 49.03, reduciendo la calificación anterior de 61.03.

Concluye que la calidad de docente del actor es un derecho adquirido, conforme a las leyes vigentes al momento de la obtención del título y de su inscripción en el Escalafón Nacional de Docentes, entonces la controversia se debió definir entendiendo que la ley no es retroactiva, ni la anterior se extiende a supuestos después de haber terminado su vigencia.

Finalmente, revoca la sentencia impugnada y tutela los derechos invocados; como consecuencia, deja sin efecto frente al actor la Resolución 00469 de 2005 proferida por el ente accionado y ordena a la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, aplicar la Resolución 003377 de 2005 con relación al señor Juan Mauricio Rodríguez Posada, entendiendo que se encuentra dentro de la lista de elegibles que superaron el concurso para el cargo de docente, considerando el nombre del actor para ser nombrado en la vacante conforme al orden del puntaje. Si ya se proveyeron con integrantes de listas con puntaje inferior al del actor, se dará preferencia al accionado en las vacantes que resulten de la aplicación del concurso.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Caso concreto.

La lectura de estas normas conduce a establecer que los aspirantes debían formalizar la inscripción, acreditando que cumplían con los requisitos señalados para el cargo al cual aspiraban, es decir, ser normalistas superiores, licenciados y profesionales. El accionante obtuvo el título de bachiller pedagógico en 1985, mucho antes de la expedición de las normas que reglamentaron y dieron desarrollo a lo dispuesto en el artículo 216 de la Ley 115 de 1994 General de Educación, que autorizaba la realización de ciclos complementarios de formación docente, para otorgar el título de normalista superior.

La situación gira en torno a sí a Juan Mauricio Rodríguez Posada se le había admitido como inscrito y él eventualmente no cumplía con los requisitos previstos en la ley, pero resulta plausible que el ordenamiento jurídico permita a la autoridad corregir sus errores, pues de otra manera los actos a pesar de su ilegalidad, tendrían que quedar intactos, con el argumento de que no serían modificables porque la administración incurrió en un error al expedirlos, cuando tanto el sentido lógico de las cosas, como los principios de justicia y equidad, indican que es conveniente y necesario enmendar las equivocaciones, más aún si éstas pueden atentar contra los derechos de otras personas.

En todo caso, no es la acción de tutela el instrumento adecuado por el cual se pueda entrar a discutir si un candidato cumplió o no con los requisitos mínimos para concursar, pues es la autoridad administrativa quien de manera directa o indirecta decidirá sobre este punto.

Sin embargo, cuando dicha autoridad elabora una lista de candidatos y luego verifica los documentos exigidos, como la acreditación del título de normalista superior, puede y debe enmendar cuanto antes su error en la lista, de haberse cometido, modificando el orden de los candidatos inicialmente elegidos, para luego proceder a realizar los nombramientos para proveer los cargos a partir de los nombres allí contenidos; de no hacerlo así, pondrá en entredicho la transparencia y equidad del proceso de selección, violando ahí sí derechos fundamentales y alterando la objetividad de la actuación.

En cuanto a la legalidad de los actos mediante los cuales se dispuso excluir del concurso de méritos al demandante, encuentra esta Sala de Revisión que es asunto acerca del cual tendría que pronunciarse la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, si el peticionario ejerciere la acción correspondiente para que se determine si había o no derechos reconocidos en su favor. Habría sido en esa esfera de la Administración de Justicia donde procedería decidir acerca de la

presunta violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, si es que se ha de insistir sobre las circunstancias dentro de las cuales se ha expedido un acto y las consecuencias que genere y si hubo atentado contra el derecho al debido proceso.

Con base en las consideraciones anteriores la honorable Sala de Revisión de la Corte Constitucional denegó por improcedente la acción de tutela instaurada por Juan Mauricio Rodríguez Posada en contra la Secretaría de Educación de Cundinamarca, en consecuencia revocó el fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá²⁹, que a su turno retiro el fallo del Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá proferido el 31 de enero de 2006;

Como se puede observar, el caso que fue llevado hasta Revisión ante la Corte Constitucional, se fundamenta en hechos muy similares a los casos analizados en el presente trabajo, pero en contra la Secretaria de Educación Departamental de Cundinamarca. Habiendo sido negado el amparo constitucional en primera instancia y concedido en segunda, pero con un pronunciamiento final por parte de la Corte Constitucional, con lo cual se sienta un precedente sobre el tema de la procedibilidad de la acción de tutela en los casos concretos, objeto de estudio.

Así pues, como lo dijo la Corte, si se pretendía la nulidad del acto administrativo que excluyo al accionante del concurso público de méritos para proveer vacantes en cargos docentes, cuenta con un medio de defensa idóneo, debiendo acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, contando con un instrumento mas ágil y eficaz, como lo es la suspensión provisional del acto, que puede ser decretada por esta jurisdicción..

Entonces no es la acción de tutela el instrumento adecuado por el cual se pueda entrar a discutir si un candidato cumplió o no con los requisitos mínimos para

²⁹ Sentencia del 15 de marzo de 2006, que concedió en segunda Instancia la tutela al accionante.

concurrir, pues es la autoridad administrativa quien de manera directa o indirecta resolverá el asunto.

5. CONCLUSIONES SOBRE EL TEMA

Habiendo realizado un análisis a nivel legal y jurisprudencial sobre los derechos adquiridos de los docentes, en relación con la entrada en vigencia del decreto 1278 de 2002, podemos mencionar las siguientes consideraciones:

1. El decreto 2277 de 1979, contempló unos requisitos mínimos para ingresar a la carrera docente, acordes al contexto social, material y cultural de la época, es así como para ese entonces el requisito mínimo exigido para acceder a un cargo docente era ser bachiller pedagógico o normalista, cuyo solo título daba lugar a la inscripción en el Escalafón, este requisito junto con el nombramiento en propiedad y la posesión, generó un derecho adquirido.

2. A partir de la expedición del decreto 1706 de 1989, se exigió como requisito previo la convocatoria a concurso y su correspondiente superación por méritos para proveer los cargos vacantes, sin embargo este requisito no se encontraba previsto en el decreto 2277 de 1979, por tanto los nombramientos se podían realizar con o sin concurso.

3. Con la promulgación de la Constitución de 1991, se constitucionalizó la exigencia de concurso público de méritos para acceder a cargos de carrera administrativa y la sujeción a la ley para efectos de la misma, así mismo garantizó el respeto de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles.

4. Con la expedición de la ley general de educación -ley 115 de 1994- se establecieron nuevas reglas para el ejercicio de la docencia, es así como el artículo 116 de esta norma, determinó que para el ingreso a la carrera docente se

requería título de licenciado o de normalista superior, además de encontrarse debidamente escalafonado; es decir, se dejó por fuera del ejercicio profesional docente a los bachilleres pedagógicos y normalistas. Es claro entonces, que a partir de la vigencia de esta norma (8 de febrero de 1994) se cerró la posibilidad legal de inscripción en el escalafón docente y del ejercicio de la docencia a los bachilleres pedagógicos y normalistas.

5. Las determinaciones tomadas por el artículo 116 de la ley 115 de 1994, fueron ratificadas por el nuevo estatuto de profesionalización docente, decreto 1278 de 2002, que determinó que solo pueden ser admitidos en la nueva carrera docente los normalistas superiores, los licenciados y los profesionales de otras áreas.

6. La sola inscripción en el Escalafón no genera ningún derecho adquirido, por ende para ingresar al nuevo régimen de carrera administrativa contemplado en el decreto 1278 de 2002, el requisito mínimo de ingreso es poseer el título de normalista superior, lo cual se encuentra en armonía con el artículo 67 de la Constitución Política y con los fines del Estado, garantizando con la exigencia de requisitos mínimos el derecho a la educación con calidad.

7. Los docentes que no cumplieran los requisitos mínimos no podrían participar de la inscripción al concurso de méritos puesto que en virtud de las normas señaladas, estarían excluidos del ejercicio de la docencia, sin que ello signifique desconocimiento de los derechos adquiridos.

8. La segunda etapa del concurso de méritos se contraía al examen de aptitudes y conocimientos, cuya superación daba lugar a realizar la etapa siguiente, la entrevista y por último la valoración de la hoja de vida, lo que en conjunto llevaba a la conformación de la lista de elegibles, quienes serían nombrados en periodo de prueba en los cargos vacantes que existieran dentro de la planta global de la entidad territorial correspondiente.

9. En el caso sub examine, en el concurso convocado por el Municipio de Pasto encontramos que se inscribieron personas quienes no cumplían los requisitos mínimos; sin embargo estos casos no fueron detectados sino hasta la elaboración del listado de elegibles, lo que dio lugar a la expedición de un acto administrativo por medio del cual fueron excluidos.

10. Situación de derecho que dio lugar a la interposición de recursos en vía gubernativa ante la entidad territorial, el cual fue resuelto desfavorablemente, lo que origino la instauración de la acción de tutela, invocando como fundamento el derecho a la igualdad, al debido proceso con base en los derechos adquiridos.

11. Los juzgados de conocimiento, pese a que el accionante no cumplía con los requisitos mínimos para ejercer la docencia exigidos desde la vigencia de la ley 115 de 1994 y aún mas con la expedición del decreto 1278 de 2002, que es el marco legal para reglamentar el nuevo concurso de meritos para la carrera docente y bajo el cual se inscribieron los accionantes, crearon un “derecho adquirido” que no se encuentra acorde con el artículo 58 de la Constitución Política, puesto que no se adquirió con arreglo a las leyes vigentes, concediendo el amparo de manera transitoria.

12. Ante el amparo transitorio los accionantes debieron acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para resolver de fondo el asunto, por intermedio de la acción de Nulidad y reestablecimiento de derecho, la cual esta en curso, los cuales por virtud del fallo de tutela se encuentran actualmente ejerciendo la docencia bajo el nuevo régimen (decreto 1278) sin cumplir los requisitos mínimos, hasta que se dicte sentencia.

13. El medio idóneo para atacar la constitucionalidad de una norma es la acción de inconstitucionalidad, mediante la cual cualquier ciudadano puede discutir la

vulneración de derechos constitucionales con la expedición de una norma. En el caso en concreto se ha trazado una línea jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional respecto a la constitucionalidad del decreto 1278 de 2002, y ha dejado sentado el alcance de las normas reiteradamente demandadas, por tanto sus pronunciamientos constituyen cosa juzgada y son de imperativo cumplimiento tanto para los jueces como para la administración.

14. El juez de tutela en ejercicio de la competencia constitucional otorgada por la constitución con fallos como los mencionados en este estudio, están creando derechos adquiridos, que a la luz de la legislación vigente son inexistentes, creando situaciones de inseguridad jurídica que no pueden restablecer un derecho que nunca ha existido, en detrimento de ordenamiento jurídico y en perjuicio del interés general y del derecho fundamental a la profesionalización de educación contenido en el artículo 67 de la Constitución Política y las normas que lo reglamentan.

BIBLIOGRAFÍA

CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C – 313 de 2003

CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C – 1169 de 2004

CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C – 422 de 2005

CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C – 479 de 2005

CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA. Sentencia C – 647 de 2006

CORTE CONSTITUCIONAL – COLOMBIANA expediente T-1344172 del siete (7) de septiembre de dos mil seis (2006). Magistrado Ponente NILSON PINILLA PINILLA.

JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE PASTO. Tutela 2005-150, fecha 11 de Agosto de 2005.

JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO DE PASTO. Tutela 2005-00150 Sentencia segunda instancia No.018 de 27 de septiembre de 2005.

GARCIA MAYNES, Eduardo, Introducción al Derecho, México, Porrúa, 1985.

ORTIZ VELA, José Eduardo, QUISPE FUERTES, Carlos Humberto, CORDOBA BURGOS, Germán, Maestro Legal, Primera edición, 2003.