



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

Bogotá D.C. **Diciembre 31 de 2008**
02-17197

RADICADO No. 02-2008-21217

Señor

[REDACTED]
Villagarzón (Putumayo)

ASUNTO: Respuesta a solicitud de reconocimiento de estabilidad laboral a servidor docente en provisionalidad.

I. ANTECEDENTES.

La Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- recibió el escrito de la referencia, mediante el cual un grupo de ciudadanos solicita se *“ordene a quien corresponda, excluir de la convocatoria del concurso y escogencia de plazas, modalidad directivos docentes, Rectoría de nuestra Institución, en razón a que dicho cargo desde el inicio de la entidad como Escuela y posteriormente como Institución Educativa, viene siendo desempeñado por religiosas y a partir del año 1996 por la Hermana Sara Jerez Valero(...).”* Al respecto exponen lo siguiente:

1. *“La Hermana Sara Jerez, fue nombrada en 1996, como directora de la Escuela que hoy se convirtió en la Institución Educativa Nuestra Señora del Pilar, es decir que su nombramiento fue concedido bajo el amparo del Estatuto Docente antiguo (Decreto 2277 de 1979), que en su artículo 34, determina como un derecho legítimo, el ascender a los cargos directivos de superior categoría, sin necesidad de concurso, norma aplicable a la Hermana por estar vigente al momento de su nombramiento.”*
2. *“El 17 de septiembre de 2004, el Gobierno Departamental expidió el Decreto 1180 de esa fecha, incorporando al personal Docente, Directivo Docente y administrativo en propiedad a la Planta del Sistema General de Participaciones y en ese Decreto incorporan a la Hermana Sara Jerez, como rectora al igual que a 43 Directivos más, documento enviado al Ministerio de Educación Nacional por el Secretario de Educación Jorge Mustafa, (...) acto administrativo, que le reconoció un derecho particular y concreto a la Hermana Sara, posteriormente derogado con un extraño acto administrativo 0001315 del 21 de octubre de 2004, decreto nunca comunicado ni notificado a la Hermana Sara, para que ella lo impugnara violando con esto el debido proceso el principio de la confianza legítima y la presunción de legalidad de todo acto administrativo (...).”*
3. *“Distinguido Secretario de Educación y Coordinador de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como ustedes bien lo observan en los documentos y fundamentos expuestos en este Derecho de Petición, la Hermana Sara Jerez, fue nombrada como rectora de la Institución educativa Nuestra Señora del Pilar dos veces, a través de actos administrativos expedidos por el Gobierno Departamental y dos veces derogados, violando el debido proceso, la confianza legítima y la presunción de legalidad de los mismos actos, motivando una vía de hecho, pues*



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC -

la administración carece de competencia para hacerlo ya que los precitados actos administrativos le habían generado un derecho particular y concreto a la Religiosa, derecho no susceptible de la derogatoria sino de acción contenciosa administrativa de acuerdo al artículo 73 del código contencioso administrativo.”

II. RESPUESTA.

A la luz del artículo 125 de la Constitución Política, el acceso a los empleos públicos regidos por el sistema especial de carrera administrativa del servicio educativo estatal debe darse mediante el trámite del concurso público de méritos y con el lleno de las demás formalidades que la ley exige, siendo el mecanismo idóneo para ofrecer a los aspirantes, en igualdad de condiciones, la certeza de que los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad gobiernan el desarrollo del proceso de selección laboral.

Por lo anterior, a partir de la Constitución de 1991, sin importar la entidad o sector público de que se trate, el proceso de selección laboral mediante concurso de méritos es el único mecanismo para acceder con vocación de permanencia y de manera definitiva a un empleo de carrera administrativa. Pero si la vinculación legal y reglamentaria de un servidor con el empleo de carrera no se da con ocasión de un concurso de méritos que reúna los requisitos normativos, esto le impide adquirir derechos de carrera, y resulta natural que su relación laboral tenga las características de una provisión transitoria.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Subsección B - Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia del 21 de febrero de 2008, expediente No. 700012331000199900287 01, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez:

*“(…) ha de entenderse que el nombramiento efectuado inicialmente al demandante y que se presume ordinario por la naturaleza del cargo que ocupaba **se tornó ahora en provisional, pues cuando se accede a un cargo de carrera administrativa sin agotar previamente el proceso de selección o concurso de méritos, su designación ha de concebirse siempre bajo esta modalidad legal, sin que ésta implique el reconocimiento de los derechos de quien ha superado un nombramiento en período de prueba y se encuentra inscrito en la carrera.**”*
(Resaltado fuera del texto original)

Así las cosas, el ordenamiento jurídico ha previsto como una de las formas de provisión de los empleos de carrera administrativa el nombramiento en provisionalidad, que consiste en la designación transitoria de una persona en un empleo de carrera vacante temporal o definitivamente, siempre que el empleado reúna los requisitos para desempeñarlo y mientras se provee el respectivo empleo a través de un concurso de méritos. Esta naturaleza transitoria del nombramiento en provisionalidad implica una estabilidad precaria en el empleo, diferente a la de un servidor que lo desempeña con derechos de carrera administrativa.

En virtud de todo lo dicho, no se puede pretender el reconocimiento de derechos de carrera administrativa en un empleo docente, por la sola circunstancia de haberse efectuado una incorporación en propiedad por un acto unilateral del nominador, sin que previamente se hubiese verificado que la servidora favorecida haya superado todas las etapas del concurso de méritos. Dicha irregularidad, aún siendo una manifestación de la administración territorial incorporándole en propiedad, en modo alguno puede constituir un mecanismo de ingreso permanente al sistema especial de carrera docente o de adquisición de derechos de carrera, ya que no son las irregularidades las que conceden ésta condición laboral sino el cumplimiento de los requisitos



COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
- CNSC -

constitucionales y legales que condicionan el acceso definitivo a los empleos de carrera, lo que se hace más palpable teniendo en cuenta que su vinculación fue realizada en vigencia de la Constitución de 1991.

Adicionalmente, la vinculación laboral de la servidora referida por los peticionarios se dio en momentos en que la Ley 115 de 1994, Estatuto General de Educación, regía el ingreso a los empleos docentes y directivos docentes del servicio educativo estatal. El artículo 115 de esta Ley, no deja duda de que el mecanismo de acceso a los empleos de carrera docente es el proceso de selección laboral mediante concurso de méritos, pues establece en el segundo inciso que: *“Únicamente podrán ser nombrados como educadores o funcionarios administrativos de la educación estatal, dentro de la planta de personal, quienes previo concurso, hayan sido seleccionados y acrediten los requisitos legales.”* (Resaltado fuera del texto original)

Por otra parte, la CNSC no es el superior jerárquico funcional del nominador de la planta de docente del Departamento de Putumayo, y por ello no puede revocar, confirmar o modificar las decisiones administrativas que le corresponden privativamente, como es la remoción, para imponer una propia en su lugar. El cuestionamiento que eventualmente pretenda efectuar la servidora retirada del servicio, tendrá que dirigirlo en sede administrativa ante el mismo funcionario que tomó la decisión o acudiendo a los mecanismos de control jurisdiccional que considere pertinentes.

Y con base en las razones expuestas, la CNSC debe allanarse al cumplimiento de su misión institucional, consistente en adelantar los concursos de méritos que se requieran para proveer los empleos de carrera, incluyendo aquellos que pertenecen al sistema educativo estatal. Resultando contrario a la constitución y la ley excluir un empleo de directivo docente vacante, porque entre la administración territorial y el exservidor público que lo desempeñaba existe un conflicto jurídico laboral. Si se aceptara una situación como la solicitada por los peticionarios, el desarrollo del mecanismo de ingreso a los empleos de carrera se haría prácticamente improcedente, dado que los conflictos o controversias entre la administración y los servidores públicos son circunstancias previsibles en el devenir de un sistema de administración de personal, que giran en torno a supuestos meramente eventuales, los cuales comportan circunstancias futuras e inciertas que no alteran el número o naturaleza de los empleos de carrera reportados como vacantes por la entidad. Hasta que una autoridad jurisdiccional no emita una decisión con fuerza de cosa juzgada que afecte la disponibilidad del empleo en cuestión, la CNSC no desarrollará una actuación diferente a la de escoger, a través de proceso de selección laboral, los aspirantes más capacitados e idóneos para desempeñar el empleo docente vacante.

Con todo lo expuesto se da respuesta a la consulta formulada en el escrito de la referencia, advirtiendo que la misma se ofrece en los términos y con las consecuencias del inciso 3º artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ORIGINAL FIRMADO
FRIDOLE BALLÉN DUQUE
Comisionado