

Bogotá D.C., 25 de Julio de 2015

No. de radicación 2015-ER-131500
solicitud:



2015-EE-079299

Doctora

Secretaría De Educación De Santander

Bucaramanga Santander

Asunto: Concepto jurídico sobre convenios de traslado laboral docente

Cordial saludo,

En atención a su comunicación radicada ante este Ministerio, bajo el número 2015ER131500, en relación con el siguiente tema:

OBJETO DE PETICIÓN

"Durante el período del 25 de junio de 2015 hasta el 25 de octubre de 2015 la Secretaría de Educación del Departamento de Santander puede o no celebrar, con otras entidades territoriales certificadas, convenio interadministrativos que tenga como objeto el traslado laboral de docentes y directivos docentes, conforme lo señala el Decreto 520 de 2010? ¿Durante el período del 25 de junio de 2015 hasta el 25 de octubre de 2015, los establecimientos educativos oficiales pueden o no celebrar procesos de contratación directa cuando la cuantía sea inferior a veinte (20) salarios mínimos mensuales y se financien con los recursos del fondo de servicios educativos"

NORMAS Y CONCEPTO

Sobre consulta similar, esta Oficina se ha pronunciado en los siguientes términos:

"Es importante señalar, que el servicio público educativo se encuentra descentralizado, por lo tanto, corresponde a las entidades territoriales certificadas dirigir, planificar y prestar dicho servicio, así como administrar las instituciones educativas que están bajo su jurisdicción. De conformidad con el numeral 7.12 del artículo 7° de la Ley 715 de 2001, corresponde a los municipios certificados, organizar la prestación del servicio educativo de su jurisdicción.

Para ello, la ley establece ciertos requisitos. El artículo 22 de la Ley 715 de 2001, prescribe:

ARTÍCULO 22. TRASLADOS. *Cuando para la debida prestación del servicio educativo*

se requiera el traslado de un docente o directivo docente, este se ejecutará discrecionalmente y por acto debidamente motivado por la autoridad nominadora departamental, distrital o del municipio certificado cuando se efectúe dentro de la misma entidad territorial.

Cuando se trate de traslados entre departamentos, distritos o municipios certificados se requerirá, además del acto administrativo debidamente motivado, un convenio interadministrativo entre las entidades territoriales.

Las solicitudes de traslados y las permutas procederán estrictamente de acuerdo con las necesidades del servicio y no podrán afectarse con ellos la composición de las plantas de personal de las entidades territoriales.

La figura del traslado, así como la de la permuta, implica la provisión de un cargo vacante definitivamente con un empleado en servicio activo, siendo necesario que el funcionario trasladado se posesione en el nuevo cargo con lo cual se produce un movimiento de personal.

Teniendo en cuenta que la decisión sobre el traslado o la permuta de los docentes, es de competencia exclusiva del nominador, corresponde a la entidad territorial valorar la solicitud de permuta, la situación planteada y los argumentos expuestos para que con apoyo en las consideraciones señaladas, se tome la decisión de trasladar o permutar a los peticionarios.

No obstante, la posibilidad de efectuar permutas cuando media solicitud de los interesados entre las entidades territoriales, se supedita a la discrecionalidad del nominador, y debe obedecer a motivos de necesidad del servicio y a principios de igualdad, transparencia, objetividad y méritos.

En todo caso, para efectuar un traslado o una permuta entre entidades, se requiere:

- 1. Decisión motivada de la autoridad nominadora de cada una de las entidades.*
- 2. Celebración de un convenio interadministrativo entre las entidades territoriales.*
- 3. Aceptación expresa del empleado o empleados que serán trasladados.*
- 4. Que se haya superado el período de prueba por parte de los interesados.*
- 5. Que el cargo o cargos correspondan a un empleo del mismo nivel jerárquico y grado.*
- 6. Qué las funciones sean afines al cargo que cada uno desempeña.*
- 7. Qué se exijan requisitos mínimos similares.*
- 8. Que no implique condiciones menos favorables para el empleado o empleados.*
- 9. Que se respeten y garanticen los derechos de carrera de los empleados involucrados.*
- 10. Que no se afecte la prestación del servicio.*
- 11. Que el traslado no implique un ascenso.*
- 12. Que se entregue copia íntegra de la hoja de vida de los funcionarios trasladados a cada una de las entidades.*
- 13. Que se tramite por parte de la entidad receptora la respectiva actualización en el Registro Público de Carrera. (Concepto 004935 CNSC).*

El Decreto 520 de 2010: "Por el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 715 de

2001 en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes”, establece en el artículo 2° (Hoy Artículo 2.4.5.1.2. del Decreto 1075 de 2015 por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación):

Artículo 2°. Proceso ordinario de traslados. Adoptada y distribuida la planta de personal docente y directivo docente de conformidad con los artículos 6° y 7° de la Ley 715 de 2001, cada entidad territorial certificada en educación deberá implementar el proceso para tramitar los traslados que tengan origen en solicitud de los docentes o directivos docentes, el cual debe desarrollarse así:

(...)

Parágrafo 1°. Antes de la expedición de los actos administrativos que dispongan los traslados a los que haya lugar, la entidad territorial publicará por lo menos durante cinco (5) días hábiles, la lista de traslados por realizar como resultado del proceso ordinario de traslados, con el fin de recibir las solicitudes de ajuste que los docentes y directivos docentes participantes en el proceso y la organización sindical respectiva quieran formular, las cuales serán evaluadas y resueltas por la entidad territorial dentro del cronograma fijado.

Parágrafo 2°. Los traslados entre departamentos, distritos o municipios certificados, solicitados por docentes o directivos docentes, se tramitarán por el proceso dispuesto en este artículo y requieren adicionalmente convenio interadministrativo entre las entidades territoriales remitora y receptora, en el cual se convendrán entre otros aspectos las fechas de efectividad del traslado y de producción de efectos y responsabilidades fiscales. (...)

Nótese que en relación a un convenio la norma ata la forma con la finalidad, es decir que involucre la ejecución de recursos públicos, lo que indica que tratándose de otros objetivos distintos, la restricción no aplica en razón de que las disposiciones prohibitivas son de aplicación e interpretación igualmente restringidas.

En consecuencia, en concepto de esta Oficina, por razón de la Ley 996 de 2005 los traslados de docentes al interior de la propia entidad territorial certificada, no están sujetos a esta prohibición, ni aquellos que requieran convenio, pues en principio el objeto del convenio no involucra la ejecución de recursos públicos y dicho traslado en ningún caso implica ascenso en el Escalafón Docente, ni interrupción en la relación laboral, ni puede afectar la composición de la planta de personal, sumado al hecho que la voluntad del traslado no viene del nominador, sino de propio docente o directivo docente que hace su solicitud conforme a los términos del Decreto 520 de 2010. (Decreto 1075 de 2015 por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación)”

“Por otra parte, resulta pertinente en relación con la entrada en vigencia de la “Ley de Garantías”, ante la proximidad de los comicios para la elección autoridades locales y departamentales a realizarse el 25 de octubre de 2015, tener en cuenta el contenido de la Circular No. 005 del 7 de abril de 2015, expedida por el Señor Procurador de la Nación, mediante la cual recomienda a los Jefes o Representantes Legales y ordenadores del gasto de las entidades públicas del nivel territorial:

"(...) 11. En consecuencia y. de conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de Entidades Descentralizadas del orden Departamental, Distrital o Municipal, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones de autoridades locales, programadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil para el 25 de octubre de 2015, es decir, a partir del 25 de junio de 2015, no podrán:

11.1 Celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos; participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

11.2 Inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o, eventos en los que participen candidatos o voceros de los candidatos a las Gobernaciones, Asambleas, Alcaldías y Concejos municipales o distritales y Juntas Administradoras Locales, para así evitar la personalización de los logros de la administración en favor de una determinada campaña,

11.3 Autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos.

11.4 Modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, salvo que se trate de la provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente, debidamente aceptada y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa, igualmente para el nombramiento de servidores de periodo fijo (Ver Concepto SIAF- 129333 de 24 de septiembre de 2014 emitido por la Procuraduría Séptima Delegada ante el Consejo de Estado).(..." (Rft)

De igual forma la Circular No. 18 del 12 de junio de 2015 expedida por Colombia Compra Eficiente señala:

"Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, así como las entidades en las que participen como miembros de sus juntas directivas:

- No pueden celebrar convenios o contratos interadministrativos para ejecutar recursos públicos desde el 25 de junio de 2015 hasta el 25 de octubre de 2015.
- **Pueden realizar cualquier otro Proceso de Contratación, incluyendo la contratación directa, siempre y cuando no implique celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.**
- Las prórrogas, modificaciones o adiciones, y la cesión de convenios o contratos interadministrativos suscritos antes del período de restricción previsto por el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías están permitidas, siempre que tales prórrogas, modificaciones, adiciones y cesiones cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad." (Rft)

Conforme lo expuesto, claro es que en tanto el convenio interadministrativo que hubiere de celebrarse con el fin de efectuarse el traslado solicitado por el personal docente o directivo docente, no implique la ejecución de recursos, no estaría sujeto a las prohibiciones contempladas en la Ley 996 de 2005.”

En relación con su segunda inquietud, esta Oficina en relación con los Fondos de Servicios Educativos, se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“Los establecimientos educativos estatales de los órdenes Departamental, Distrital y Municipal no poseen personería jurídica, toda vez que son establecimientos estatales del Departamento, Distrito y/o Municipio, y por ende de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales antes enunciadas, por regla general, no tienen competencia para celebrar contratos, ya que esta facultad está en cabeza de los Gobernadores de los Departamentos y alcaldes distritales y/o municipales.

No obstante, los rectores de las instituciones educativas están habilitados por la ley para celebrar contratos con los recursos de los Fondos de Servicios Educativos de la respectiva institución, pero sólo en los conceptos de gasto taxativamente señalados en el artículo 11 del Decreto 4791 de 2008, siempre que guarden estricta relación con el Proyecto Educativo Institucional. (Artículo 2.3.1.6.3.11. del Decreto 1075 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación y se deroga el Decreto 4791 de 2008 entre otros)

Los conceptos de gastos señalados para los Fondos de Servicio Educativos en el artículo 11 del Decreto 4791 de 2008 (hoy Decreto 1075 de 2015), adicionados por los establecidos en el artículo 9 del Decreto 4807 de 2011 (hoy Decreto 1075 de 2015), son taxativos, es decir, no existe la posibilidad jurídica de aplicar otros conceptos de gasto diferentes a los expresamente señalados en estos artículos.

De acuerdo con lo señalado en la Ley 715 de 2001, y en el Decreto 4791 de 2008 (hoy Decreto 1075 de 2015), los fondos de servicios educativos son cuentas contables en las que se manejan los recursos de los establecimientos educativos estatales destinados a financiar los gastos que faciliten el funcionamiento de la institución, distintos a los destinados al personal educativo.

Tanto la ley como el decreto reglamentario son claros en precisar, en materia contractual, que los actos o contratos superiores a 20 s.m.l.m.v., se registrarán por las reglas de contratación estatal y todos aquellos actos o contratos que tengan por objeto, bienes y obligaciones que hayan de registrarse en la contabilidad de los fondos de servicios educativos se harán respetando los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad. En materia de contratación estatal el tema está regido por las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 que contemplan las modalidades de selección y los principios de la contratación estatal tales como publicidad y selección objetiva.

El artículo 17 del Decreto 4791 de 2008 (Artículo 2.3.1.6.3.17. del Decreto 1075 de 2015), en consonancia con el artículo 11 de la Ley 715 de 2001 establece para efectos de la contratación de los Fondos de Servicios Educativos lo siguiente:

"La celebración de contratos a que haya lugar con recursos del Fondo de Servicios Educativos, debe realizarse con estricta sujeción a lo dispuesto en el estatuto contractual de la administración pública, cuando supere la cuantía de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cuantía es inferior a los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes se deben seguir los procedimientos establecidos en el reglamento expedido por el consejo directivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 715 de 2001, y en todo caso siguiendo los principios de transparencia, economía, publicidad, y responsabilidad, de conformidad con los postulados de la función administrativa.

De igual forma debe tenerse en cuenta que en el párrafo del artículo 2.3.1.6.3.2. del Decreto 1075 de 2015, se establece cuál es la naturaleza de los recursos de los fondos de Servicios educativos de la siguiente forma:

"Párrafo. Con sujeción a lo establecido en la normatividad vigente, la administración y ejecución de estos recursos por parte de las autoridades del establecimiento educativo, es autónoma. Los ingresos del Fondo de Servicios Educativos son recursos propios de carácter público sometidos al control de las autoridades administrativas y fiscales de los órdenes nacional y territorial."

Ahora bien, en relación con la aplicabilidad de las disposiciones contenidas en la Ley 996 de 2005 en relación a los procesos de contratación que se puedan realizar con cargo a estos Fondos, tomando en cuenta lo dispuesto en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 ibídem y las Circulares Nos. 005 del 7 de abril de 2015 y 18 del 12 de junio de 2015, es claro para esta Oficina que la prohibición que en materia de contratación existe, de cara a las elecciones territoriales a celebrarse el próximo 25 de octubre de 2015, es en relación a la celebración de convenios o contratos interadministrativos para ejecutar recursos públicos, siendo claro entonces que se encuentra totalmente permitido la realización de cualquier otro proceso de contratación, incluyendo la contratación directa, como claramente se informa en la Circular No. 18 de junio de 2015 expedida por Colombia Compra Eficiente, ya referenciada.

El anterior concepto se emite en los términos contemplados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), sustituido por la Ley 1755 de 2015, cuyo contenido señala que: *"Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución"*.

Atentamente,

INGRID CAROLINA SILVA RODRIGUEZ

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Folios: 1

Anexos: 0

Anexo: