

Bogotá D.C., 29 de Mayo de 2015

No. de radicación 2015-ER-046771  
solicitud:



**2015-EE-054631**

Doctora

**Secretaria De Educación**

Turbo

Antioquia

Asunto: Docentes vinculados en provisionalidad, posesionados sin existir acto administrativo de nombramiento

Mediante escrito radicado vía web ante este Ministerio, bajo el número 2015-ER-046771, se presentó consulta en relación con el tema a enunciar:

### **OBJETO DE CONSULTA**

"...En el Municipio de Turbo, existen docentes vinculados en provisionalidad desde el año 2008, solo con un acta de posesión, donde aparece un numero de Decreto que nunca fue elaborado. Teniendo en cuenta la relación laboral, están incluidos en la nómina recibiendo normalmente sus salarios, mas sin embargo en sus hojas de vida no aparece ningún acto administrativo que soporte su vinculación a la planta docente del Municipio de Turbo. Que (SIC) debe hacer la administración para corregir esta situación administrativa? ..."

### **NORMAS y CONCEPTO**

De conformidad con las normas legales, me permito informarle que previo análisis del contenido de su consulta, sobre "*(...) Que debe hacer la administración para corregir esta situación administrativa?*" esta Oficina considera:

El Régimen laboral aplicable a los docentes públicos establece que la vinculación a estos cargos debe estar precedida de un acto de nombramiento y un acta de posesión en el respectivo empleo, siendo este último documento el que determina la fecha de inicio de la relación laboral."

La Ley 115 de 1994 por la cual se expidió "*La Ley General de la Educación*", señala en su artículo 105 que "*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.*"

Así mismo, el Decreto 1278 de 2002 *"Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente"*, establece en su artículo 51 que *"El educador se encuentra en servicio activo cuando ejerce las funciones propias del cargo del cual ha tomado posesión, o cuando se encuentra en comisión de servicios o en encargo."*

La Corte Constitucional señaló al respecto en la Sentencia T-457 del 14 de julio de 1992, que *"La elección o nombramiento es un acto-condición que implica la designación que el Estado hace, por conducto del funcionario o corporación competente, en cabeza de una persona para ejercer las funciones, deberes y responsabilidades que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de un determinado cargo. Se ha entendido que el funcionario sólo adquiere los derechos y deberes propios del cargo en el momento en que tome posesión del mismo, por ser el nombramiento un acto-condición que se formaliza con el hecho de la posesión."*

Por ende, el tema consultado resulta contrario al mandato normativo y ajeno a las disposiciones vigentes que regulan la materia toda vez que éstas no se ocupan de esta casuística; frente a las normas aplicables lo procedente es que la posesión esté precedida del acto de nombramiento y la aceptación del cargo.

Así las cosas, con el fin de responder la consulta procedimos a revisar la jurisprudencia proferida sobre el tema, encontrando que la relación laboral en el sector público también está determinada por principios aplicables al caso, como los siguientes:

- Primacía de la realidad sobre las formas.
- Quien labora con el Estado sin acto de nombramiento y posesión es funcionario de hecho.
- Protección de la buena fe del trabajador o empleado.
- Cumplimiento de requisitos por parte del empleado para ejercer el cargo.

En relación con estos principios, es del caso reseñar los siguientes pronunciamientos:

En múltiples sentencias, como la C-614/09, la Corte Constitucional ha sostenido que *"la jurisprudencia nacional ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta, debe aplicarse el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tanto en las relaciones entre particulares como en las que celebra el Estado"*.

Los artículos 25 y 53 de la Constitución garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

La Sección Segunda del Consejo de Estado manifestó en la Sentencia proferida el 6 de marzo de 2008 dentro del proceso 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06) que: *"Debe decirse que para admitir que una persona desempeña un empleo público en su condición de empleado público-relación legal y reglamentaria propia del derecho*

*administrativo- y se deriven los derechos que ellos tienen, es necesario la verificación de elementos propios de esta clase de relación como son: 1) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política); 2) La determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política); y 3) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo; requisitos éstos sin los cuales no es posible hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales. Además, "en la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la subordinación que impera en la relación laboral privada; aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las Leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, en los cuales se consagran los deberes, obligaciones, prohibiciones etc. a que están sometidos los servidores públicos".*

La misma Sección Segunda del Consejo de Estado señaló en la Sentencia proferida el 2 de mayo de 2013 dentro del proceso 73001233100020100067301 (15552012): "*no resultaría equitativo trasladarle las precariedades que presenta la relación laboral al servidor, las cuales son consecuencia de la actitud omisiva de la Administración, al haber mantenido esa situación durante varios años, sin expedir el acto de nombramiento y la posesión. La omisión en que incurrió el Municipio, al haberlo vinculado como Celador de la Institución Educativa, sin que mediara un acto de nombramiento y la posesión y al fijarle sus emolumentos como lo ordena la ley, no puede prevalecer sobre derechos irrenunciables del servidor.*"

En la Sentencia C-672 de 2001 la Corte Constitucional argumentó que "*Es decir que para esta Corporación, atendiendo el principio de buena fe y la presunción de legalidad que ostentan los actos de la administración, amén de tener en cuenta razones de seguridad jurídica y de respeto a las situaciones jurídicas subjetivas que han quedado consolidadas en cabeza de una persona mediante decisiones en firme, salvo una evidente violación del ordenamiento jurídico, un acto de carácter particular y concreto solo podrá ser revocado con el consentimiento expreso del particular. // ... // Si la persona que asumió el cargo sin el cumplimiento de los requisitos obró de buena fe, circunstancia que ha de presumirse" (art. 83 de la Constitución), "la revocatoria del acto respectivo solo podrá efectuarse previa manifestación de su consentimiento y en cumplimiento del procedimiento señalado en el artículo 74 C.C.A."*

En cuanto al cumplimiento de requisitos por parte de todos los empleados, es de agregar que el artículo 5º de la Ley 190 de 1992 "*Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa*", dispone:

*"Artículo 5º.- En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción. // Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a*

*que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años."*

De conformidad con lo anterior, lo primero que debe proceder a revisar y determinar el Municipio es si los docentes objeto de la consulta cumplen o no los requisitos para el ejercicio del cargo, si actuaron o no por medios ilegales, y si hay evidencias de mala fe en su actuación.

Si los docentes posesionados cumplen los requisitos para el ejercicio del cargo, actuaron por medios legales y de buena fe, debe dársele prevalencia a la realidad sobre las formas y no trasladárseles a ellos las consecuencias de la omisión y negligencia de la administración, manteniendo la relación laboral hasta cuando se presente una de las causales legales y jurisprudenciales válidas para su terminación o retiro del servicio.

Si no cumplen requisitos, actuaron por medios ilegales y de mala fe, debe procederse a la revocatoria del vínculo generado, previo cumplimiento del debido proceso, el derecho a la defensa y la contradicción del docente.

De otro lado, como se evidencian presuntas irregularidades en el actuar del (los) nominador(es) y funcionarios que intervinieron en el proceso de vinculación, por no cumplir con el debido proceso, debe presentarse el correspondiente informe para que se adelante la investigación disciplinaria y se adopten las decisiones que correspondan en ese campo.

Adicionalmente, si en el "acta de posesión" que es un documento público, se ha hecho constar un supuesto número de decreto referido a un supuesto nombramiento y ello no es cierto, se estaría ante una presunta "Falsedad Ideológica en Documento Público<sup>[1]</sup>", por lo que sería obligación legal poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente.

No obstante todo lo anterior, es necesario tener en cuenta que como se trata de nombramientos provisionales, corresponde a la Administración ofrecerlos en concurso, para que sean proveídos conforme con las normas de carrera administrativa, que rigen la vinculación de los docentes con el servicio estatal.

El anterior concepto se da en los términos contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), y cuyo contenido señala que las respuestas a las consultas *"no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución"*, aplicable a la fecha por la declaratoria de inexecutable de los artículos que regulaban dicho tema en la Ley 1437 de 2011".

Atentamente,

---

<sup>[1]</sup> El Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, en sus artículos 286 y siguientes regla lo relativo a la Falsedad, presentando dos situaciones disímiles como son la Falsedad en Documento Público y la Falsedad en Documento Privado; pero a su vez, contempla dos componentes específicos como son la Falsedad Ideológica y la falsedad Material.

El artículo 286, Falsedad Ideológica en documento Público, señala:

*"El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones*

*públicas de cinco (5) a diez (10) años.”*

**INGRID CAROLINA SILVA RODRIGUEZ**

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Folios: 0

Anexos: 0

**Anexo:**