

Bogotá D.C., 11 de Septiembre de 2015

No. de radicación 2015-ER-139129
solicitud:



2015-EE-105704

Doctor

Asunto: Aplicación de Ley de Garantías y vacantes temporales frente a derecho a la Educación.

OBJETO DE PETICIÓN

"Teniendo en cuenta que en el Área Metropolitana de Bucaramanga se adelantó el proceso de nombramiento en periodo de prueba de quienes superaron el pasado concurso de méritos, se han generado vacantes temporales ya que algunos docentes iniciaron su Periodo de Prueba en otras entidades territoriales, sumado a esto contamos con incapacidades médicas que superan los 30 días, licencias de maternidad, comisiones de estudio no remuneradas; y por encontrarnos en ley de garantías electorales no se ha podido hacer los nombramientos para continuar con la prestación del servicio educativo, siendo imposible cubrir con la modalidad de horas extras.

Vale anotar que contamos con un cúmulo de peticiones elevadas por padres de familia, docentes, directivos docentes de las diferentes instituciones educativas del municipio solicitando con carácter urgente se nombren los reemplazos de los docentes que se encuentran en las diferentes situaciones administrativas enunciadas anteriormente. (...)"

NORMAS Y CONCEPTO

En relación con el tema de los nombramientos en el periodo cubierto por la Ley de Garantías esta Oficina se ha pronunciado, entre otros, mediante el radicado 2015EE104193, que se cita como respuesta a su consulta:

"Ley 996 de 2005 artículo 38,

"Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal. *Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005, en el entendido que para el Presidente o el Vicepresidente de la República*

dicha restricción se aplica desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9.

Parágrafo. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la organización electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005, en el entendido de que la Registraduría adoptará un procedimiento ágil y eficaz para la selección del personal supernumerario.

Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, de sastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

(...)

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución, les está prohibido:

(...)

Parágrafo.

(...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá **modificar** dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de 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**. Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005; el resto del artículo fue declarado executable.”

La Sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional, del Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuanto a la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales durante el periodo previo a las elecciones, expresó:

“Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para

actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

*Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina **(a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.***

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera."

A su vez, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en pronunciamiento del 12 de diciembre de 2013 dentro del expediente 11001-03-06-000-201314-00 (radicación interna No. 2182), con ponencia del doctor Álvaro Namén Vargas, al resolver la consulta sobre nombramiento de jefes de control interno municipales, respecto de las excepciones contenidas en el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 señaló entre otras cosas:

"...En segundo lugar, el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece como una de las salvedades o excepciones a la prohibición de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, "que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de la muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada". La expresión "por faltas definitivas" que trae la norma no se limita solo a la muerte o renuncia del funcionario, sino que se refiere a todas aquellas situaciones en las cuales se autoriza, en palabras de la Corte Constitucional, "proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo", caso en el cual la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña"

En el caso concreto, concreto las palabras "falta definitiva" no encuentran definición en la ley, razón por la cual es menester acudir al uso general de las mismas palabras empleadas por el legislador. De conformidad con su entendimiento natural y obvio, la "falta definitiva" es sinónimo de vacancia del cargo, o sea la ausencia concluyente, resolutoria, irrefutable de una persona en el cargo o empleo y, por ende, de la función que le correspondía, por cuenta de alguna causa. En el evento materia de análisis se trata de ausencia definitiva por expiración del periodo fijo previsto en los artículos 8 y 9 de la Ley 1475 de 2011. (...)

Así, la expresión "falta definitiva" no se limita a la muerte o renuncia del funcionario (10), sino que, dentro del marco de la consulta realizada, en función de su contenido gramatical y sistemático, también se entiende como la extinción del periodo fijo de los jefes de las oficinas de control interno de las entidades del orden territorial, pues el sentido genuino de la norma es exceptuar de las prohibiciones comprendidas en el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 aquellas designaciones que resulten obligatorias para la buena marcha de la administración, ante la ausencia definitiva de un funcionario..."

Así mismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en pronunciamiento del 01 de abril de 2014, dentro del expediente 11001-03-06-000-2014-00074-00, con ponencia del doctor Álvaro Namén Vargas, recogió varios de los pronunciamientos de la misma sala y amplió su concepto en el siguiente sentido, que se cita in extenso:

"De los apartes transcritos de la sentencia de la Corte Constitucional se pueden extraer los siguientes elementos de análisis sobre la limitación a la modificación de nómina de los entes territoriales:

1) Determinó que la finalidad de la restricción es promover la transparencia del actuar administrativo y garantizar que la provisión de cargos no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política.

2) Fijó el alcance de la excepción a la norma restrictiva en relación a la necesidad del servicio.

3) Consideró que las salvaguardas de la restricción, esto es, la posibilidad de proveer los cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y las vinculaciones que se presenten en aplicación de las normas de carrera administrativa, guardan el equilibrio entre la moralidad administrativa y la eficacia de la administración.

Del artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005, destaca la Sala los siguientes elementos:

i. Los límites temporales de la restricción

El término que estableció el artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005 para que sea aplicable la restricción sobre la modificación a la nómina en las entidades territoriales fue de cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

Esta disposición consagra de manera genérica una serie de prohibiciones aplicables a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley -incluido el de Presidente de la República-. Por tanto, la norma abarca las elecciones presidenciales y las de carácter territorial.

ii. Los sujetos destinatarios de la prohibición

El artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, con el propósito de garantizar que no se utilice la nómina del respectivo ente territorial por los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, como medio para favorecer una campaña electoral.

iii. Las excepciones aplicables a la restricción de la vinculación que

afecta la nómina estatal

En virtud de lo dispuesto en el inciso último del párrafo del artículo 38 de la ley estatutaria de garantías electorales, la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo en dos casos: (a) la provisión de

cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la ley 909 de 2004^[1]; y (b) por la aplicación de las normas de carrera administrativa.

IV. El objeto de la prohibición

Finalmente, el ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 38 párrafo de la Ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión "Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal".

En síntesis

a) Los artículos 32 y 38 párrafo de la Ley 996 de 2005, fijaron una serie de restricciones respecto de las vinculaciones o modificaciones que se hagan a la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y territorial en época preelectoral o de campaña electoral, cuyo ámbito material se concreta en la imposibilidad de crear nuevos cargos y proveerlos.

b) La finalidad de dichas restricciones es procurar por la transparencia en el actuar administrativo e impedir que las vinculaciones se hagan en busca de favores políticos.

c) En la Ley 996 de 2005, el inciso final del párrafo del artículo 38, a diferencia del artículo 32, previó expresamente que la provisión de cargos vacantes por muerte o renuncia irrevocable, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, está permitida en virtud de la necesidad del servicio. Esa misma excepción se abrió campo frente al artículo 32 de la ley en virtud de la interpretación que la Corte Constitucional hizo en la Sentencia C-1153 de 2005, en la que señaló que es posible proveer los cargos vacantes por renuncia, licencia o muerte cuando estos sean indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública.

d) El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, únicamente está condicionado a que los cargos resulten "indispensables" para el cabal funcionamiento de la administración pública, no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer.

En este sentido resulta necesario determinar los alcances de la expresión "indispensables para el cabal funcionamiento de la administración", con el fin de establecer los parámetros que permitan identificar los eventos en los cuales se pueden proveer los cargos vacantes de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, análisis que abordará la Sala a continuación.

2. El criterio de "indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública"

Desde la perspectiva de la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de las previsiones que restringen en periodos preelectorales las vinculaciones y modificaciones a la nómina estatal, la condición para que pueda efectuarse la provisión de los cargos vacantes, consiste en que sean "indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública".

Teniendo en cuenta la expresión utilizada en la Sentencia C-1153 de 2005, solicita el Ministerio consultante determinar los criterios que deben tener en cuenta los nominadores de la Rama Ejecutiva del poder público al momento de tomar la decisión de proveer los cargos vacantes y cumplir con la condición impuesta.

La Sala observa que la expresión "indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública" encierra un concepto jurídico que no admite una cuantificación o determinación rigurosa o categórica de antemano o en forma previa^[2]. No obstante, este concepto puede y debe precisarse para su aplicación. Su precisión dependerá por una parte de los parámetros que han fijado las normas constitucionales y legales que regulan de una u otra forma el funcionamiento de la administración y los fines confiados a la misma, y por otra será resultado de la valoración ponderada y razonada que en cada caso corresponda efectuar al nominador en función de los intereses públicos que representa.

El primer parámetro que se debe tener en cuenta para precisar el concepto mencionado es el de los propósitos y objetivos fijados por el legislador en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, que se concretan en evitar la distorsión de la voluntad de los electores por influencias que provengan de la acción u omisión de los servidores públicos tendientes a favorecer una causa o campaña electoral.

El segundo parámetro se refiere al cumplimiento de la función legal de nominación, la cual debe efectuarse con especial sujeción a los principios que rigen la función administrativa, los cuales servirán de límite para identificar algunos criterios de lo que representa una "cabal funcionamiento de la administración pública".

En efecto, el artículo 209 de la Constitución Política prescribe que la función administrativa está al servicio de los intereses generales e indica los principios que la vinculan en los siguientes términos:

"Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley"

El artículo 3 de la Ley 489 de 1998 reiteró la disposición constitucional y además señaló que estos principios servirán como parámetro al momento de evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes. Indica al respecto:

"Artículo 3º.- Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

Parágrafo.- Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular".

Asimismo el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, señaló que los principios constitucionales y legales constituyen un criterio de interpretación para fijar el alcance material de las competencias de las autoridades públicas y consagró los siguientes principios:

"Artículo 3º. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.
(...)

Un tercer parámetro que resulta relevante en este análisis es la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público.

En consecuencia, las razones de la provisión del cargo tienen que ser ciertas y verificables. La decisión del nominador no puede ser arbitraria, esto es con desconocimiento de los fines de la Ley de Garantías Electorales, o de los principios de la función administrativa, por lo cual, con sujeción entre otros a los anteriores criterios, se encuentra en la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente.

Finalmente, el régimen de prohibiciones y restricciones de la Ley Estatutaria de Garantías Electorales exige de los órganos y entidades a las que les es aplicable, la responsabilidad de planear y prever con suficiente antelación cualquier gestión ineludible para garantizar que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad.

Conforme a lo expuesto, la Sala **RESPONDE:**

1. ¿La prohibición de realizar vinculaciones que afecten la nómina estatal se refiere exclusivamente a la creación de nuevos cargos y la provisión de los mismos o, se extiende a la provisión de cualquier empleo vacante en la planta de personal de las Entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público por las causales previstas en la Ley, generada antes o después del inicio de las restricciones previstas en la Ley de Garantías Electorales?

Los artículos 32 y el inciso final del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, ordenan suspender

cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, y prohíben modificar la nómina de las entidades territoriales dentro del período preelectoral o época de campaña, respectivamente.

Estas restricciones o limitaciones se aplican tanto para la creación de nuevos cargos como para la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia o muerte o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, casos en los cuales pueden proveerse siempre y cuando sean "indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública". Igualmente, es posible proveer dichos cargos en cumplimiento de las normas de carrera administrativa.

Además, con independencia de que el cargo que se pretenda proveer hubiese quedado vacante antes o después de que empiecen a correr los términos de las restricciones de la ley de garantías electorales, el funcionario nominador podrá proveerlo para evitar la afectación del servicio público, si resulta indispensable para la buena marcha de la administración.

2. ¿La condición que permite hacer vinculaciones que afecten la nómina estatal durante la vigencia de las restricciones previstas en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005 para proveer empleos vacantes por renuncia irrevocable, licencia o muerte de la persona que lo desempeña, alude al nivel al cual pertenece el empleo o a que su provisión resulte indispensable para la buena marcha de la administración, sin consideración al nivel al que pertenece el mismo?

El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, según el caso, únicamente está condicionado a que los cargos resulten "indispensables" para el cabal funcionamiento de la administración pública, o se requiera dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, y no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer.

3. ¿Bajo qué criterios se determina que la provisión de un empleo resulta indispensable para la buena marcha de la administración?

Dentro de los criterios que se deben tener en cuenta para proveer cargos en vigencia de las restricciones de la Ley de Garantías Electorales en materia de afectación o modificación de la nómina de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, por resultar "indispensables para el cabal funcionamiento de la administración", se encuentran: a) los propósitos y objetivos fijados por propia Ley Estatutaria de Garantías Electorales; b) la sujeción a los principios que rigen la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011; c) la existencia real y verificable de situaciones de apremio o necesidad del servicio que permitan concluir que sin la provisión del cargo se alteraría significativamente la función de la administración o se afectaría seriamente el servicio público en detrimento de los intereses públicos, cuya garantía está a cargo de la respectiva entidad; d) la garantía de que la función administrativa satisfaga las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos de las personas y que los servicios públicos se presten de forma continua y permanente, de acuerdo con la misión y las funciones asignadas a la respectiva entidad.

Por lo tanto, las razones de la provisión del cargo tienen que ser ciertas y verificables. La decisión del nominador no puede ser arbitraria, esto es con desconocimiento de los fines de la Ley de Garantías Electorales, o de los principios de la función administrativa, por lo cual, con sujeción entre otros a los anteriores criterios, se encuentra en la obligación de motivar debidamente el acto administrativo correspondiente."

A su turno el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante oficio ST-2204 del 13 de julio de 2011, conceptuó:

"Conforme a su interrogante nos permitimos aclarar que si bien es cierto la Ley de garantía trae consigo unas prohibiciones en cuanto a no modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las situaciones administrativas enunciadas en su interrogante no van en contravía con la citada ley, ya que en el caso del **Encargo o Comisión el funcionario asume funciones afines, con categoría y requisitos similares al que el empleado viene ejerciendo, lo cual a todas luces implica un movimiento de personal pero no la modificación de la planta, pues ella continúa siendo la misma"**

Con fundamento en los parámetros normativos, jurisprudenciales y doctrinales señalados anteriormente, es claro, que la Ley 996 de 2005, Ley de Garantías Electorales, prescribe la prohibición de modificar las plantas de personal durante los cuatro meses anteriores a las elecciones. Esta norma preceptúa, de manera general, como excepción a dicha prohibición, la provisión de cargos por faltas definitivas, excepción, que como quedó esbozado, ha sido objeto de amplios análisis jurídicos por las instancias correspondientes.

*Así, a pesar de los diferentes análisis en relación con la norma en comento, es claro que la excepción que se puede aplicar a la modificación de las plantas de personal es expresa en relación a que sólo se pueden proveer aquellas **vacancias definitivas**, por lo que en los demás casos en que se presentan vacancias temporales, tales como, las plazas de los docentes que estando inscritos en la carrera docente fueron nombrados en periodo prueba para ocupar un cargo diferente, los casos de incapacidades médicas, licencias de maternidad y comisiones, como quiera que con ninguna de estas circunstancias nos encontramos ante este presupuesto, falta definitiva, no habría lugar al nombramiento de servidores para suplir temporalmente estas vacantes, incluyendo nombramientos en provisionalidad.*

Por tanto, en aras de responder por la continuidad en la prestación del servicio y garantizar el derecho de la educación, la administración podría evaluar la posible aplicación de los diferentes mecanismos administrativos que otorga la ley y que no implican nuevos nombramientos o modificaciones de la planta de personal prohibidos por la Ley de Garantías, tales como nombramientos según el concurso docente dentro del proceso de carrera administrativa; asignación de horas extras; reasignación de cargas académicas; traslados del personal; encargos; comisiones y demás movimientos del personal docente que permitan garantizar la efectiva prestación del servicio educativo.

Ahora bien, se considera que en caso en que la administración se encuentre ante situaciones urgentes que conlleven la violación del derecho a la educación de los niños, esto es, al acceso, la calidad, la cobertura y la permanencia en el sistema educativo, y que no hayan sido o puedan ser solucionadas con las actuaciones descritas en el párrafo precedente, las entidades territoriales certificadas cuentan con la posibilidad de implementar medidas extraordinarias dentro de sus facultades constitucionales y legales, como sería la declaratoria de la emergencia educativa, para lo cual, la autoridad deberá analizar la concreta situación y justificarlo conforme los parámetros legales.

Sobre esta medida expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005, que el objetivo de la Ley 996 es dar garantías que permitan que el debate democrático previo a las elecciones sea equilibrado y transparente, pero las medidas adoptadas para cumplir este objetivo deben obedecer a criterios de razonabilidad, que no conlleven a que la gestión gubernamental pueda paralizarse por completo, ya que las autoridades administrativas deben contar con instrumentos adecuados para el ejercicio de sus funciones en aras del bien común y el cumplimiento de los principios de la función pública.

En este sentido, la Corte Constitucional en diversas sentencias ha ordenado a las entidades territoriales responsables del servicio educativo adoptar las medidas a que haya lugar para garantizar la continuidad en la prestación del servicio educativo, comprendiendo los elementos que la componen, entre ellos el oportuno nombramiento de los docentes y personal administrativo que se requiera, de acuerdo con la necesidad del servicio. Entre otras sentencias, se puede citar la T- 826 de 2009 en la que se resumieron diferentes casos estudiados por la misma Corte al respecto.

En cuanto a la declaratoria de emergencia educativa, la entidad territorial deberá analizar la situación particular en que se encuentra y estudiar los fundamentos fácticos y jurídicos para declararla.

Por último, se aclara que el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, citado pretéritamente, hace referencia a las prohibiciones relativas a las elecciones presidenciales, y no a las elecciones territoriales que son las que se realizarán en el próximo mes de octubre, por lo cual, el presente concepto tiene como fundamento el artículo 38 de dicha norma, aplicable a la situación electoral actual y demás normas concordantes enunciadas."

El anterior concepto se da en los términos contemplados en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

[1] Ley 909 de 2004. "Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

d) Por renuncia regularmente aceptada;

(...)

m) Por muerte;

(...)"

[2] Se trata de acuerdo con la doctrina de un concepto jurídico indeterminado, figura que se traduce en una técnica de control de la discrecionalidad de la administración, según la cual, aparentemente la autoridad puede tener varias alternativas de solución en una actuación a su cargo pero realmente una sola de ellas es la justa y jurídicamente admisible.

Atentamente,

MARIA DE LA PAZ MENDOZA LOZANO

Asesor

Oficina Asesora Jurídica

Anexos: 0

Anexo: