MANZANO & RIVEROS Ltda.
DERECHO ADMINISTRATIVO LABORAL Y REPARACIÓN DIRECTA
Avenida 19 No 3-10 Of. 401/402 Edif. Barichara - Torre B. Tel: 2843286 – 2843447 – 2839632 – 2827294 – 3423150 – 2436009. Fax: 3416917 - Bogotá D. C.
E-mail: omrltda@hotmail.com

Bogotá D. C. 25 de enero de 2006

Señores
JUNTA DIRECTIVA
SINDICATO DE MAESTROS DE BOYACÁ-SINDIMAESTROS
Atención: Señor Presidente GUSTAVO MONTERO CRUZ

TEMA: POSIBILIDAD DE VINCULAR EN PROPIEDAD A LOS DOCENTES CONTRATADOS MEDIANTE LA MODALIDAD DE ORDENES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS (0. P. S.) O EN PROVISIONALIDAD

Respetados compañeros:

Conforme a nuestra exposición realizada por nuestro colectivo de abogados en la reunión de Junta Directiva de SINDIMAESTROS realizada el 19 de enero del 2006, nos permitimos plasmar las principales ideas sobre el tema de la siguiente manera:

1.- La Ley 60 de 1993 en el parágrafo 1º, del artículo 6º señalaba que "los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993 que llenen los requisitos de la carrera docente, serán incorporados a las plantas de personal de los departamentos o de los distritos en donde vienen prestando sus servicios (...)"

Los apartes subrayados fueron demandados mediante la acción pública de inconstitucionalidad y en las consideraciones que tuvo la Corte Constitucional se lee entre otras las siguientes:

> "... El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal" (C-555-94)

2.- En desarrollo de la anterior jurisprudencia y de otras del mismo rango, el Consejo de Estado se pronunció en dos de sus fallos de la siguiente manera:

> "Si bien a la luz del artículo 53 de la Constitución Nacional puede reconocérsele al contratista de servicios personales su calidad de trabajador al servicio del Estado, de otro lado no sería dable apoyarse en tal premisa para derivar en su favor la condición de empleado público..." (Sent. 22/11/99, Sección Segunda, Subsección "B", Actor: Ana Virginia Fernández Alonso, Demandado: Municipio de Floridablanca)

> "En el caso de los docentes el nombramiento procede luego de surtirse el proceso de selección mediante concurso, según lo previsto en el artículo 105 inciso 2º de la Ley 115 de 1994, (...)

> De lo anterior se infiere que para alcanzar la condición de empleado público es necesario que se profiera un acto administrativo que ordene la respectiva designación; que se tome posesión del cargo; que la planta de personal contemple el empleo; y que exista disponibilidad presupuestal para atender el servicio." (Sent. del 21/04/99,

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Rad. No: 16829, Actor: Martha Lucia Erazo Florez, Demandado: Municipio de Cali).

3.- Por su parte el Tribunal Administrativo de Boyacá en varios fallos ha determinado lo siguiente:

> "De lo anterior se infiere, conforme a la adecuación de la normatividad al caso concreto, que la docente accionante se encontraba vinculada laboralmente en provisionalidad, situación no generadora de fuero alguno de estabilidad, y, que no obstante haber sido la vinculación original por un tiempo determinado, se le permitió laborar durante varios años, habiéndose comisionado a otro docente para reemplazarle, del cual -por efecto de la comisión concedida- se predica corresponder a un servidor público amparado por carrera administrativa." (Sent. septiembre/2002, Sala de Decisión No 1, Rad. 1999-1044, Actor Doris Elisa Velandia Melendez, Demandado: Departamento de Boyacá)

> "Bajo estos parámetros, igualmente encuentra la sala, que la decisión de no nombrar en planta a la docente (...), al servicio del municipio de Tunja, esta ajustada tanto a la constitución como a la ley. No sin darles la posibilidad a todos los docentes de vincularse con el Estado en igualdad de condiciones, esto es, sometiéndose a concurso de méritos, previa convocatoria para llenar las vacantes existentes para cargos docentes y directivos docentes, tal y como lo dispone la Ley 115 de 1994 y el Decreto 47 del 10 de enero de 1998, disposiciones que prevén entre otros requisitos, los siguientes:
>
> a. Establecimiento de la planta educativa
> b. Convocatoria de concurso
> c. Haber sido seleccionado y reunir requisitos legales
> d. Ser nombrado mediante decreto seguido de posesión" (Sent. del 8/10/02, Sala de Decisión No 4, Rad. 2000-0139, Actor: Flor Yanira Garcia Martínez, Demandado Departamento de Boyacá)

Las anteriores posiciones jurisprudenciales vienen siendo aplicadas reiterativamente tanto por el Consejo de Estado como por los Tribunales Administrativos.

Lo anterior, agregado a consideraciones de orden sindical y político, nos llevó a sostener en la Junta Nacional de la FECODE realizada el 2 de febrero del 2004 lo siguiente:

> "....
>
> **4.-** Los docentes que ingresaron al servicio de la docencia oficial **antes** de la expedición de la **Ley 715/01 bajo la modalidad de O.P.S. o cualquier otra similar,** y cumplen con los requisitos del **artículo 38 de la Ley/715,** además QUE DEBEN estar nombrados en **"provisionalidad"** con todas sus prestaciones sociales, **deberán prepararse para presentar concurso."**

En conclusión, la única forma de vincularse en propiedad, tanto los docentes vinculados mediante **O. P. S.** como los vinculados de manera provisional conforme a la Ley 715 del 2001, solo lo pueden hacer cuando cumplan con los requisitos de ley.

Cordialmente,

PORFIRIO RIVEROS GUTIERREZ
Abogado

MARCO A. MANZANO VÁSQUEZ
Abogado

SERGIO MANZANO MACÍAS