

Señora:

BERTA LILIA GUTIÉRREZ MARTÍNEZ

Calle 39 Bis # 29 – 52

Teléfono: 5703040

Bogotá D.C.

ASUNTO: Solicitud de concepto jurídico sobre carácter de la vinculación docente.

REFERENCIA: Radicado E-2018-173809 del 14/11/2018

Respetada señora, cordial saludo.

De conformidad con su consulta del asunto, elevada mediante el radicado de la referencia, esta Oficina Asesora Jurídica procederá a emitir concepto, de acuerdo a sus funciones establecidas en los literales A y B¹ del artículo 8 del Decreto Distrital 330 de 2008, y en los términos del artículo 28 del CPACA, según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. Consultas.

- 1.1.** ¿De dónde provienen los recursos por medio de los cuales se cancelan salarios y prestaciones sociales a los docentes nombrados por los entes territoriales en vigencia de la Ley 91 de 1989?
- 1.2.** ¿Los docentes nombrados por los entes territoriales en vigencia de la Ley 91 de 1989 se deben catalogar como docentes de vinculación territorial?

2. Marco Jurídico.

- 2.1.** Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio".
- 2.2.** Ley 715 de 2001: "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".
- 2.3.** Decreto Nacional 1075 de 2015: "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación."

3. Análisis.

Para responder la consulta se analizarán los siguientes temas: **i)** competencias atribuidas a las entidades territoriales para la prestación del servicio educativo oficial **ii)** carácter de la vinculación docente.

¹ "Artículo 8° Oficina Asesora de Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica las siguientes:

- A. Asesorar y apoyar en materia jurídica al Despacho del Secretario y demás dependencias de la SED.
- B. Conceptuar sobre los asuntos de carácter jurídico que le sean consultados por las dependencias de la SED y apoyarlas en la resolución de recursos."

3.1. Competencias atribuidas a las entidades territoriales para la prestación del servicio educativo oficial.

En virtud de lo dispuesto en la Ley 60 de 1993, compete a **(i)** los municipios: administrar los servicios educativos estatales de preescolar a media, financiar las inversiones de infraestructura y dotación y, participar con recursos propios y con participaciones municipales en la financiación de servicios educativos estatales (artículo 2); **(ii)** los departamentos y distritos: administrar directa y conjuntamente con los municipios la prestación de los servicios educativos, financiar y cofinanciar los mismos (artículos 3 y 4). Consagra la misma ley que cuando se financie la prestación del servicio con cargo a recursos del situado fiscal por los departamentos o los distritos, los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental o distrital, según corresponda.

Sumado a lo expuesto, el artículo 6 ídem consagra que el régimen aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados incorporados a los departamentos o distritos sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el dispuesto en la Ley 91 de 1989. Por su parte, la norma en comento aclara que los docentes y directivos docentes de vinculación departamental, distrital y municipal serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la entidad territorial.

Posteriormente se expide el Acto Legislativo 01 de 2001, por medio del cual se modifica el artículo 356 de la Constitución Política, entre otros, y se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios.

En ese contexto, se expide la Ley 715 de 2001 que derogó la Ley 60 de 1993 y estableció normas orgánicas sobre distribución de competencias y recursos para la prestación del servicio educativo, entre otras. Dicha norma consagra en el Título II, Capítulo II algunas competencias generales para la administración de la planta de personal de las entidades territoriales certificadas en educación, dentro de las cuales están las de administrar los recursos financieros provenientes del SGP y el personal docente y administrativo de los planteles educativos. Aunado a ello, en lo atinente a destinación de recursos de SGP asignados para educación, el artículo 15 de la misma norma establece que una de las actividades a financiar es el pago de nómina y prestaciones sociales del personal docente y administrativo de las instituciones educativas públicas.

3.2. Carácter de la vinculación docente.

Con la Ley 43 de 1975 se dio inicio al proceso de nacionalización de la educación oficial (el cual se adelantaría en un periodo de cinco años, esto es, hasta el 31 de diciembre de 1980) y los establecimientos educativos pasaron a depender directamente del Ministerio de Educación Nacional. A los docentes y directivos docentes vinculados en vigencia de dicha ley, les es aplicable el Decreto 2277 de 1979, la Ley 91 de 1989 y la escala salarial definida por el Gobierno Nacional+.

Según lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 (derogada por la Ley 715 de 2001), corresponde a las entidades territoriales administrar los servicios educativos estatales de preescolar a media y a los departamentos y distritos prestar los servicios educativos con cargo a los recursos del situado fiscal.

En lo concerniente al reconocimiento de prestaciones sociales económicas, dependiendo del tipo de vinculación, debe advertirse lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 que en su artículo 1 define claramente las categorías de vinculación de los docentes, de la siguiente manera:

- Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

- Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.
- Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

De conformidad con lo expuesto, se considera docente nacionalizado aquel que pese a ser territorial antes del 1 de enero de 1976, hizo parte del proceso de nacionalización que inició con la Ley 43 de 1975 o fue vinculado a un cargo nacionalizado en virtud de la misma ley. De otra parte, serán docentes territoriales aquellos que se vincularon al servicio oficial a partir del 1 de enero de 1976 sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 43 y, por tanto, cubiertos con recursos endógenos de la entidad territorial.

En concordancia con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto 760 del 18/12/1995 sobre el régimen salarial y prestacional aplicable al personal docente nacional y nacionalizado del servicio educativo estatal que se incorpore a las plantas de personal de las entidades territoriales, concluyó:

"(...)

1. El proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria dispuesto por la Ley 43 de 1975, abarcó un periodo de 5 años, del 1o. de enero de 1976 al 31 de diciembre de 1980. La diferencia nominal entre personal nacional (vinculado por nombramiento del gobierno nacional) y nacionalizado (vinculado por nombramiento de entidad territorial), que se mantuvo

hasta el 29 de diciembre de 1989, fecha de entrada en vigencia de la Ley 91 de ese año, lo fue para diferenciar el régimen prestacional aplicable, de acuerdo con las fechas de vinculación, y para determinar la titularidad del pago de la carga prestacional por parte de las entidades territoriales y la Nación.

2. Culminado el proceso de nacionalización, el personal docente y administrativo incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo estatal, tiene el carácter de empleados públicos del orden nacional.

3. Las plantas de personal del servicio educativo estatal que organicen los departamentos y distritos están integradas por todos los cargos o empleos, directivos docentes y administrativos. La vinculación de docentes y administrativos por parte de los departamentos, distritos o municipios, solo puede hacerse con el lleno de los requisitos del Estatuto Docente y la Carrera Administrativa.

4. La Ley 91 de 1989, que regula entre otros aspectos, lo relacionado con el régimen salarial y prestacional del personal docente, contiene las siguientes reglas:

- Para el personal que venía vinculado con anterioridad a la expedición de la ley, esto es, al 29 de diciembre de 1989, conserva el régimen prestacional que venían gozando en la respectiva entidad territorial.

- Para los vinculados a partir del 1o. de enero de 1990, las prestaciones económicas y sociales se rigen "por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro", con las excepciones consagradas en dicha ley.

5. La ley 60 de 1993, mantuvo las reglas contenidas en la ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, a las plantas departamentales y distritales, en los siguientes términos:

- En materia prestacional el régimen aplicable es el reconocido en la ley 91 de 1989, es decir el previsto para los empleados públicos del orden nacional. Al personal de vinculación departamental, distrital o municipal, esto es, el denominado "nacionalizado", se le "respetó" el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

- El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, a quienes se les da el "carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal", se rige por el decreto 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Sus reajustes salariales son los definidos de conformidad con la ley 4a. de 1992.

6. En igual sentido, el régimen prestacional del personal administrativo que se incorpore o vincule a las plantas de personal del nivel departamental, distrital o municipal, es el mismo que rige para el personal del sector público del orden nacional, cual es el contenido en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. En todo caso se "respetará" el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial, del personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal, es decir del personal "nacionalizado", de conformidad con lo señalado en el artículo 2o. de la ley 4a. de 1992.

6.1. El régimen de remuneración y las escalas salariales, es el señalado para los servidores públicos del orden nacional y sus reajustes salariales los definidos en la ley 4a. de 1992."
(Negritas y subrayado fuera de texto)

La Corte Constitucional en Sentencia C-506 de 2006, relativa a una demanda de inconstitucionalidad contra el literal B del numeral 2 (parcial) y el inciso 2 del numeral 1 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, concluyó que los apartes demandados persiguen brindar la necesaria claridad sobre los regímenes que deben aplicarse a los docentes vinculados hasta la fecha de promulgación de la ley y quienes se vinculen con posterioridad a la misma, manteniendo las prestaciones establecidas para los docentes ya vinculados y señalando las normas aplicables a quienes se vinculen a partir del 01/01/1990, veamos:

"4.2. Los apartes demandados de los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989, no vulneran los derechos adquiridos, el pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones, el principio de favorabilidad laboral, ni los derechos a la seguridad social e igualdad

(...)

Lo anterior confirma, que al crearse el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la promulgación de la ley, con observancia de lo dispuesto en el artículo 2, y los que se vinculen con posterioridad a ella, se respetaron los derechos adquiridos o regímenes existentes que le resultaban aplicables al respecto.

Ahora bien. El artículo 15, alude a las disposiciones que regirán las prestaciones sociales a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y quienes se vinculen con posterioridad al 1 de enero de 1990. Así el inciso acusado del numeral 1, señala que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de sus prestaciones sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones legales. Dicha disposición resulta conforme al margen de configuración normativa que le asiste al legislador de poder señalar en relación con los docentes nacionales la normatividad aplicable a las prestaciones sociales a partir de la vigencia de la presente ley, que no contraría mandato constitucional alguno ya que la entrada en vigencia de una nueva ley que crea un Fondo especial hacía necesario exponer con claridad la normatividad aplicable y en función de su unificación, que por demás refiere a los decretos vigentes aplicables para ese entonces, o que se expidan en el futuro, bajo las excepciones legalmente establecidas.

Ahora bien, en lo que respecta a la naturaleza de los recursos para financiar los salarios y prestaciones sociales de los docentes y directivos docentes, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-11-S2 del 21/06/2018 sobre derecho a pensión gracia, determinó:

3.4.1 Situado fiscal: componente dogmático.

Los antecedentes normativos del **situado fiscal** se remontan a la reforma constitucional contenida en el Acto legislativo 1 de 11 de diciembre de 1968, modificatorio, entre otros, del artículo 182 de la Constitución Política de 1886, que prescribió:

Los Departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales con las limitaciones que establece la Constitución, y ejercerán sobre los Municipios la tutela administrativa necesaria para planificar y coordinar el desarrollo regional y local y la prestación de servicios, en los términos que las leyes señalen.

Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, determinará los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y costos de los mismos, y señalará el porcentaje de los ingresos ordinarios de la Nación que deba ser distribuido entre los Departamentos, las Intendencias y Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá, para la atención de sus servicios y los de sus respectivos Municipios, conforme a los planes y programas que se establezcan.

El treinta por ciento de esta asignación se distribuirá por partes iguales entre los Departamentos, Intendencias y Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá, y el resto proporcionalmente a su población (subraya la Sala).

Fue así como se expidió la Ley 46 de 1971 para desarrollar el componente normativo previsto en el acto legislativo reformativo del artículo 182 de la Constitución Política de la época, que frente al *sub lite* dispuso lo siguiente:

Artículo 1. A partir de 1973, en la Ley de Presupuesto para ese año, se apropiará como mínimo el trece por ciento (13 %) de los ingresos ordinarios de la Nación, para ser distribuido entre los Departamentos, Intendencias y Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá, en la forma que esta Ley determina. El porcentaje será de catorce por ciento (14%) en 1974 y de quince por ciento (15%) en 1975. El valor total de esa apropiación se denomina "Situado Fiscal".

A partir de 1973 cada una de las entidades territoriales recibirá por concepto de Situado Fiscal por lo menos una suma igual a la que reciba en 1972 por motivo de transferencias para gastos de funcionamiento de educación primaria y salud pública, de las que en esta Ley se destinan a ser entidades con el Situado Fiscal.

El Gobierno, a través de los proyectos de ley de presupuesto, procurará incrementar el porcentaje señalado en el inciso lo. en cada una de las vigencias posteriores a 1975, si los ingresos corrientes de la Nación aumentaren en más de un quince por ciento (15%) anual, con relación al promedio de los tres años anteriores, hasta un máximo de dos por ciento (2%) en cada vigencia, y sin que el Situado Fiscal sobrepase nunca el veinticinco por ciento (25%) de dichos ingresos ordinarios.

Parágrafo. Esta participación será pagada por la Nación a las entidades beneficiadas normal y periódicamente dentro de cada vigencia, en la forma que adelante se indica (el texto subrayado es de la Sala).

Posteriormente el **situado fiscal** fue definido en la versión original del artículo 356¹² de la Carta Política de 1991 como «el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena [,] Santa Marta [y Barranquilla], para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios que se les asignen», destinados a «financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que la ley señale, con especial atención a los niños».

Por su parte, con la expedición de la Ley 60 de 1993¹³, entre otros aspectos, se establecieron los lineamientos para la distribución de los recursos del **situado fiscal**, se estructuró la naturaleza jurídica¹⁴ de este último, que retomó el referido concepto constitucional, y se indicó que «[l]os ingresos corrientes de la Nación que servirán de base para el cálculo del situado fiscal según los artículos 356 y 358 constitucionales, estarán constituidos por los ingresos tributarios y no tributarios» (parágrafo 1. del artículo 9).

3.4.1.1 Naturaleza jurídica de los recursos cedidos por la Nación a las entidades territoriales durante la vigencia del situado fiscal en la Constitución Política de 1991.

Conforme a los lineamientos constitucionales previstos en el texto original del artículo 356 de la Carta Política, y los establecidos por el legislador en la Ley 60 de 1993 (artículo 9), no existe duda de que la fuente de los recursos que conforman el **situado fiscal** la constituye los **ingresos corrientes de la Nación**, llámense *tributarios o no tributarios*.

Surge entonces como pregunta obligada establecer: *¿si en virtud de la cesión del porcentaje que hace la Nación de sus ingresos corrientes a las entidades territoriales, por mandato del **situado fiscal**, una vez incorporados dichos recursos al presupuesto local, cambia su naturaleza? Esto es, ¿deben ser considerados como de propiedad de los referidos entes?*

(...)

A partir de los anteriores conceptos jurisprudenciales, es factible colegir que el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación **cedido** a las entidades territoriales con motivo del **situado fiscal** (artículo 356 de la Carta Política) una vez ingresa al presupuesto local pasa a ser de propiedad exclusiva de dichos entes, lo cual da sentido al postulado constitucional ratificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2007¹⁸, según el cual «*No se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas*» (se subraya), tal como lo ha entendido la doctrina especializada en la materia:

La participación en las rentas de la Nación implica, de otra parte, que a las entidades territoriales, y en este caso concreto a los Departamentos y Distritos, se les transfieran determinados recursos que, como tales, entran a formar parte de su patrimonio y rentas¹⁹. Esto quiere decir que, si bien los recursos son originalmente de la Nación, en virtud de la

cesión pasan a ser de propiedad exclusiva de las respectivas entidades territoriales, con las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares [artículo 362 de la CP], aún cuando con las limitaciones de destinación y utilización que la Constitución y la ley precisen.

[...]

f) Los recursos cedidos son de propiedad de las entidades territoriales beneficiarias y, como tales, deben ser administrados por ellas, aunque en los términos señalados por la Constitución y la ley.

(...)

Al interior de la sección segunda de esta Colegiatura existe consenso respecto de la naturaleza jurídica de los recursos que conforman el sistema general de participaciones, régimen jurídico que reemplazó el antiguo situado fiscal. Es así como en diferentes pronunciamientos de las subsecciones A²⁹ y B³⁰ que la integran se acogió la tesis planteada por la sala de consulta y servicio civil en concepto de 27 de agosto de 2015, que en lo pertinente dispuso:

Los artículos 356 y 357 de la Constitución que se analizan, fueron modificados por el Acto Legislativo 1 de 30 de julio de 2001 que entró en vigencia el 1 de enero de 2002. Mediante esta reforma se suprimió el situado fiscal -cesión que hacía la Nación a los departamentos y distritos de un porcentaje de sus ingresos corrientes-, y se creó el Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios. La novedad más relevante radica en incluir a las entidades territoriales, en particular a los departamentos y distritos, como "destinatarios directos", dejando así de ser "cesionarios" de estos recursos nacionales. En efecto, dentro del proceso de descentralización, la Constitución debe asignar competencias a las entidades territoriales para lo cual es consecuente en ordenar la transferencia de los recursos necesarios para el efecto, al punto que prohíbe descentralizar competencias sin que previamente se asignen los recursos fiscales suficientes para atenderlas (inciso 9º del Art. 356).

Ahora bien, para implementar esta reforma se expidió la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001, cuyo artículo 1 se refirió a la naturaleza del Sistema General de Participaciones en los siguientes términos:

"Artículo 1. Naturaleza del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna en la presente ley."

En consecuencia, los recursos que antiguamente la Nación cedía por disposición constitucional a las entidades territoriales bajo las modalidades de situado fiscal para departamentos y distritos, y de participación en los ingresos corrientes de la Nación en favor de los municipios, actualmente son asignados directamente por la Constitución a todas las entidades territoriales bajo el denominado Sistema General de Participaciones, lo cual implica, como ya se dijo, que son sus titulares directos. Evidentemente estos recursos no son producidos por las entidades territoriales y en esa medida deben ser considerados exógenos, aun cuando no "recursos nacionales" [...] ³¹. (La Sala destaca lo subrayado).

4. Respuestas.

4.1. ¿De dónde provienen los recursos por medio de los cuales se cancelan salarios y prestaciones sociales a los docentes nombrados por los entes territoriales en vigencia de la Ley 91 de 1989?

De conformidad con lo expuesto en precedencia, teniendo en cuenta que los temas objeto de unificación son precedente obligatorio para la administración, esta Oficina Asesora acoge lo dispuesto

en Sentencia SUJ-11-S2 del 21/06/2018, según la cual **(i)** los recursos propios que financian los docentes territoriales (en los términos de la Ley 91 de 1989) constituyen rentas endógenas; **(ii)** los recursos del situado fiscal que cedía la Nación a las entidades territoriales pasaban a ser de éstas después de incorporados en su presupuesto, pese a tener una fuente nacional, y **(iii)** los recursos del Sistema General de Participaciones son asignados por la Constitución a las entidades territoriales, razón por la cual también son éstas titulares de dicha renta exógena. Lo anterior, sin perjuicio de la destinación específica prevista en la ley.

4.2. ¿Los docentes nombrados por los entes territoriales en vigencia de la Ley 91 de 1989 se deben catalogar como docentes de vinculación territorial?

El carácter o calidad del docente es otorgado por la Ley y depende enteramente de su acto de vinculación, así: **(i)** los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional se consideran docentes nacionales; **(ii)** los docentes que pese a haber sido vinculados por nombramiento de la entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 hicieron parte del proceso establecido en la Ley 43 de 1975 y los vinculados después de esta fecha en virtud de la Ley 43 de 1975 se consideran nacionalizados, y **(iii)** los docentes vinculados por nombramiento de la entidad territorial a partir del 1 de enero de 1976 sin cumplir con los requisitos previstos en la Ley 43 de 1975 se consideran territoriales.

En aras de determinar con precisión la naturaleza del vínculo, es indispensable estudiar el acto administrativo de nombramiento.

Finalmente, recuerde que puede consultar los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica en la página web de la Secretaría de Educación del Distrito, <http://www.educacionbogota.edu.co>, siguiendo la ruta: Nuestra entidad / Marco Jurídico / Oficina Asesora Jurídica / Conceptos jurídicos emitidos por la OAJ.

Cordialmente,

JENNY ADRIANA BRETON VARGAS
Jefe Oficina Asesora Jurídica

b