

NULIDAD DE NORMA DEROGADA – Procedencia

El artículo 1 del antes citado Decreto 4235 de 2004, acto acusado, fue derogado por el artículo 21 del Decreto 3982 de 2006, pero el artículo 7º conservó idéntica previsión en lo que se refiere a los requisitos para participar en el concurso de méritos para ingresar a la Carrera Administrativa Docente, es decir títulos en educación superior. Como ya lo ha precisado la Sala Plena, pese a la existencia de una norma que deroga la aquí juzgada es procedente un pronunciamiento de mérito respecto del Decreto acusado porque pudo haber producido efectos jurídicos durante su vigencia.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la declaratoria de nulidad de una norma derogada, Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 14 de enero de 1991, Radicación S157, Ponente: Carlos Gustavo Arrieta Padilla

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION - Procedencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedencia. Omisión reglamentaria / OMISION REGLAMENTARIA - Acción de nulidad y restablecimiento

Esta Sala también consideró que a través de la acción de nulidad se puede discutir la existencia de una omisión reglamentaria, cuando, se excluye o se omite incluir en un reglamento, sin razón justificada, a un grupo de personas beneficiarias o posibles beneficiarias de una preceptiva legal, que sería el supuesto alegado por la parte demandante en lo que se refiere a los bachilleres pedagógicos. Ahora bien, en el presente asunto debe verificarse si la omisión regulatoria alegada fue causada por el Gobierno Nacional, o si se trata de una exclusión del legislador con respecto a la participación de los bachilleres pedagógicos dentro de la Carrera Administrativa Docente. En criterio de la Sala ocurre lo segundo, es decir, que el legislador voluntariamente y por políticas estatales, que luego se revisarán, dejó por fuera del concurso docente a los bachilleres pedagógicos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la omisión por inconstitucionalidad, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 9 de octubre de 2008, Radicación 1017-04, Ponente: Jesús María Lemos Bustamante

EXCLUSION DE PARTICIPACION DE LOS BACHILLERES PEDAGOGICOS DE CARRERA ADMINISTRACION DOCENTE – Profesionalización de la labor docente

En efecto las normas que reglamenta el decreto acusado, especialmente el Decreto ley 1278 de 2002 “por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”, excluyeron del concurso de acceso a la Carrera Administrativa Docente a los bachilleres pedagógicos, norma que, además, fue revisada en su Constitucionalidad y declarada ajustada a derecho, entre otras razones, por las omisiones alegadas por el recurrente. El Decreto acusado se ajusta en un todo a las normas superiores en que se fundamenta porque la profesionalización de la labor docente con el fin de procurar la una educación de calidad a través de la exigencia de mayores requisitos académicos esta dentro de la potestad regulatoria del legislador y la norma reglamentaria acusada debe respetar esa intención del legislador. En consecuencia no se existe una omisión del Gobierno Nacional cuando por el Decreto Reglamentario acusado, 4235 de 2004, excluyó a los bachilleres pedagógicos del concurso de méritos, pues se insiste, el precepto demandado no podía variar o modificar la intención del legislador.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1278 DE 2002

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4235 DE 2004 (16 de diciembre) GOBIERNO NACIONAL – ARTICULO 1 (No nulo)

**ASCENSO EN EL ESCALAFON DE BACHILLERES PEDAGOGICOS -
Derechos adquiridos**

En lo que se refiere a la presunta violación de los derechos adquiridos de los bachilleres pedagógicos que obtuvieron el título antes del año de 1997, la Sala simplemente hace notar que estos empleados gozan de las prerrogativas del antiguo escalafón docente y continúan prestando sus servicios, porque la norma no ordena su exclusión del escalafón docente y no regula aspectos relacionados con la permanencia de ellos, simplemente regula lo atinente al ingreso de los nuevos concursantes a la carrera docente. De otro lado es cierto es que para ingresar y ascender en el nuevo Escalafón de Carrera Administrativa Docente, los bachilleres pedagógicos deben concursar y para acceder al concurso deben cumplir con los nuevos requisitos que la ley ha establecido. La anterior circunstancia, no implica, como lo alega la parte demandante, que los bachilleres pedagógicos se quedarán sin posibilidades de acceder a la carrera docente sino que deben adquirir un mejor nivel académico y para ello pueden optar por actualizarse, adelantando los dos (2) años faltantes para obtener el título de normalista superior. Sobre este punto conviene señalar que el Decreto acusado también establece la equivalencia, para efectos del concurso de ingreso a la Carrera Administrativa Docente, del título de Tecnólogo en Educación equiparándolo al de Normalista Superior. De manera que no existe un trato discriminatorio ni violación de los derechos adquiridos de los bachilleres pedagógicos pues su exclusión de la Carrera Administrativa tiene plenas justificaciones y, en todo caso, no se hizo por el decreto demandado, que simplemente cumple con la voluntad del legislador de profesionalizar la labor docente. Conforme a lo antes expresado la Sala no comparte lo alegado por el Ministerio Público, en el concepto fiscal, en el que indica que debe modularse la sentencia para precisar que los bachilleres pedagógicos pueden inscribirse en el concurso para los niveles de preescolar y básica primaria, pues esto iría en contra de los preceptos arriba citados y la profesionalización de la educación que quiere dar el legislador para el mejoramiento de la calidad de la educación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., dos (2) de abril de dos mil nueve (2009).-

Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00231-00(9901-05)

Actor: CRISTIAN ALBERT USCATEGUI SANCHEZ

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala la acción de simple nulidad presentada por el ciudadano Cristian Albert Uscátegui Sánchez contra el Decreto 4235 de 16 de diciembre de 2004, proferido por el Gobierno Nacional.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de nulidad el ciudadano Cristian Albert Uscátegui Sánchez solicitó la declaratoria de nulidad del artículo 1º del Decreto 4235 de 16 de diciembre de 2004, "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 3238 de 2004."

El texto de la disposición demandada, que corresponde a la parte subrayada, es del siguiente tenor:

“DECRETO 4235 DE 2004

(Diciembre 16)

por el cual se modifica parcialmente el Decreto 3238 de 2004.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 5.7 del artículo 5º de la Ley 715 de 2001 y el artículo 9º del Decreto-ley 1278 de 2002,

DECRETA:

Artículo 1º. modifícase el inciso 1º del artículo 7º del Decreto 3238 de 2004, el cual quedará así:

"Artículo 7º. Requisitos para el ingreso. Podrán inscribirse en el concurso de docentes quienes reúnan los requisitos señalados en los artículos 116 y 118 de la Ley 115 de 1994, en concordancia con lo establecido en los artículos 3º, 10, 12 parágrafo 1º, 21 del Decreto-ley 1278 de 2002. Para efectos del concurso de ingreso a la Carrera Administrativa Docente, el título de Tecnólogo en Educación será equivalente al de Normalista Superior."

Como hechos en los que se fundamentó la acción expresó:

El Ministerio de Educación Nacional al aplicar el Decreto 4235 de 2004, vulneró el derecho al trabajo establecido en el artículo 53 de la Carta Política y el derecho a la protección de derechos adquiridos consagrado en el artículo 58, ibídem, porque le impide, ilegítimamente, el ejercicio de la profesión docente a los bachilleres

pedagógicos escalafonados antes de la entrada en vigencia del Decreto 3012 de 1997 y no permite su ingreso al proceso de selección de personal docente a través del concurso público de méritos .

El decreto acusado invadió las competencias del legislativo al reglamentar el ingreso al servicio educativo estatal de forma ilegítima.

NORMAS VIOLADAS

El actor considera vulneradas las siguientes normas:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 53, 58, 114, 123, 125.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El Ministerio de Educación Nacional al expedir el Decreto 4235 de 2004, pasó por encima de los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, los cuales consagran el respeto por los derechos adquiridos, en este caso de los Bachilleres Pedagógicos graduados y escalafonados antes o durante el año de 1997.

Expresó que en Sentencia C-1169 de 2004 la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 7 del decreto 1278 de 2002, que disponía sobre el Ingreso al Servicio Educativo Estatal, razón por la cual el Ministerio de Educación Nacional expidió el Decreto 4235 de 2004 modificando parcialmente el Decreto 3238 de 2004 y fijó el alcance de los artículos 116 y 118 de la Ley 115 de 1994.

La Corte al estudiar la exequibilidad del decreto demandado, señaló que el Presidente de la República al ejercer las facultades extraordinarias, se encuentra limitado de forma temporal y material, esto es que las normas que profiera en ejercicio de dicho poder, deberá hacerlo bajo los parámetros fijados por el Congreso y referido únicamente a las materias por las cuales ha sido habilitado.

Nótese como los límites explícitamente reconocidos por el legislador en la Ley 712 de 2001, se referían exclusivamente a la regulación de los “requisitos de ingreso” de dicho servicio educativo estatal, es decir, de los educadores vinculados a la

docencia oficial a través de la carrera administrativa docente; pero no, como lo hizo el Presidente de la República, reglando a toda la docencia oficial.

El ejercicio de las facultades por parte del Presidente de la República debía limitarse a aquellas materias relacionadas con el nuevo régimen de carrera docente y administrativa, atendiendo, exclusivamente al criterio de los “requisitos de ingreso”, sin pretender regular todo el servicio educativo estatal, a través de la imposición de nuevos títulos para el ejercicio de la docencia.

Por consiguiente, y conforme a lo expuesto, la Corte declaró la inexecutable del artículo 7 del Decreto Ley 1278 de 2002.

El bachiller pedagógico al estar inscrito en el escalafón adquiere el reconocimiento por parte del Estado para ejercer la profesión docente, pero el Ministerio de Educación Nacional con la expedición del Decreto 4235 de 2004, a través de omisión, le impide al bachiller hacer parte del proceso de personal docente a través del concurso público de méritos que lleva al ejercicio de la profesión docente dentro del servicio educativo estatal.

El Ministerio de Educación Nacional (sic) hizo una interpretación errónea de la sentencia de la Corte, que llevó a la adopción del Decreto 4235 de 2004, el cual vulnera derechos adquiridos de los bachilleres pedagógicos escalafonados. Además, en reiteradas ocasiones, dicha entidad ha argumentado que el bachiller pedagógico no puede ingresar al servicio educativo estatal bajo las actuales normas, por el hecho de no pertenecer a la carrera docente; sin embargo, las mismas normas señalan que para ingresar a la carrera docente es necesario superar el concurso de méritos, previa demostración de los requisitos que le permitan participar en el mismo, requisitos que para el caso de la carrera docente están determinados dentro del artículo 116 de la Ley General de Educación, el mismo que respeta las excepciones del Estatuto Docente, como son los Decretos 2277 de 1979, 3012 de 1997 y la Ley 909 de 2004.

El Ministerio de Educación Nacional (sic) impide al bachiller pedagógico escalafonado ejercer la profesión docente en el sector público, a pesar de tener título que frente a la Ley General de Educación le permite dicho ejercicio.

Alegó, que la aplicación del decreto 4235 de 2004 impide acceder de forma ilegítima e inconstitucional a todos los bachilleres pedagógicos escalafonados al proceso de selección que lleva al ingreso a la carrera docente y por ende, al ejercicio de la profesión docente al servicio del Estado.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

La Sección Segunda de la Corporación, en auto de 23 de marzo de 2006, negó la solicitud de suspensión provisional de la norma acusada por considerar que no cumplía las exigencias del artículo 152 del C.C.A., porque el actor alegó la vulneración de la Constitución Política sin señalar cuáles disposiciones se han trasgredido y omitió el desarrollo jurídico de tal afirmación. (Fls. 47 a 52).

CONTESTACIÓN

La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, contestó la demanda en la siguiente forma (Fls. 98 a 106):

La norma acusada cuenta con el fundamento constitucional y legal de los artículos 68 y 125 de la Carta y la Ley Orgánica 715 de 2001, modificados por el Acto Legislativo 01 de 2001, que creó el Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios para la financiación de los servicios de educación y salud.

La Ley 715 de 2001 facultó al Gobierno Nacional para reglamentar, a partir de su entrada en vigencia, la inscripción y ascenso en el escalafón nacional docente.

De acuerdo con la Ley 115 de 1994 y los decretos 2903 de 1994 y 3012 de 1997, con las modificaciones establecidas en el Decreto 1123 de 1998, los normalistas superiores son aquellos que han salido de las normales reestructuradas, han cursado además de la educación básica y media, cuatro semestres o dos años académicos en educación adicionales.

No se violaron los derechos adquiridos, como señala el demandante, porque conforme a la Ley General de Educación de 1994, a la fecha de contestación de la demanda (año 2006), los bachilleres pedagógicos contaron con más de 10 años

para profesionalizarse o por los menos cursar los dos años más de estudios que se requiere para ser normalistas superiores, como lo exige la norma actual para poder ser llamados al ejercicio de la docencia, mediante concurso.

La Corte Constitucional a través de la sentencia C-1169 de 23 de noviembre de 2004, se pronunció acerca de la demanda de inexecutable del artículo 7 del Decreto Ley 1278 de 2002 “Estatuto de Profesionalización Docente”, norma que determinaba que para el ingreso al servicio educativo estatal, se requiere poseer título de licenciado o profesional o normalista superior, requisitos que igual manera se encuentran consagrados en los artículos 116 y 117 de la Ley 115 de 1994.

En esa misma sentencia la Corte Constitucional señaló que el Presidente de la República no desbordó, en lo que se refiere artículos 2 y 13 del Decreto Ley 1278 de 2002, el alcance de las facultades extraordinarias concedidas en el artículo 111-2 de la Ley 715 de 2001, toda vez que los educadores a los que se refiere el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, no hacían parte de la carrera administrativa docente prevista en el Decreto 2277 de 1979 y precisó que existen dos carreras docentes: una la regulada por el Decreto 2277 de 1979 que cubre a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 715 de 2001 y otra, la prevista por el Decreto 1278 de 2002, para los docentes que se vinculen con posterioridad a dicha ley.

Señaló, además, que el artículo 111-2 de la Ley 715 de 2001 le otorgó al Presidente facultades extraordinarias para expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa, lo cual efectivamente hizo mediante el Decreto Ley 1278 de 2002, sobre la cual la Corte se ha pronunciado en diferentes oportunidades, como en la sentencia C-313 de 2003, indicando que el Presidente se encontraba facultado para reglamentar el ejercicio de la carrera docente e indicar los requisitos necesarios para tal ejercicio.

De igual manera el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, establece que los concursos serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.

Con ocasión de la sentencia de la C-1169 de 2004, la Ministra de Educación Nacional elevó consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, acerca de los títulos exigidos para el ejercicio de la docencia estatal, respondida en escrito de radicación No. 1630 en el que la Sala se pronunció de la

siguiente manera: “En este orden de ideas, es importante anotar que los títulos exigidos en el artículo 116 de la ley 115 de 1994 para el ingreso a la carrera docente, no riñen con los requisitos previstos en el decreto ley 1278 de 2002 y, por el contrario, se complementan, si se tiene en cuenta que el legislador definió como uno de los propósitos fundamentales de la ley 115 la profesionalización de la actividad docente, con miras a que la enseñanza sea impartida por personas de reconocida idoneidad moral, ética y pedagógica, (arts. 109, 110 y 111)...”.

Afirmó que carece de fundamento la aseveración del actor en el sentido de que el gobierno no tiene competencia para regular esta materia, ya que la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001 facultó al Gobierno Nacional para reglamentarla expresamente en el artículo 111-2 lo que se hizo a través del Decreto 1278 de 2002, Estatuto de Profesionalización Docente, es decir, el mismo legislador facultó para su reglamentación al Gobierno Nacional.

El Presidente de la República tiene la potestad reglamentaria para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes; no hay distinción a qué clase de leyes se refiere ni se impone restricción alguna, por lo cual el Gobierno puede desarrollar la Ley 715 de 2001, en virtud dicha potestad constitucional.

Precisó que, a pesar de la declaratoria de inexecutable del artículo 7 del Decreto 1278 de 2002, continúan los requisitos de título académico exigidos para el ingreso al servicio, en la medida en que los artículos 3, 21, 22 del Decreto 1278 de 2002 y el artículo 116 de la Ley 115 de 1994, consagran la exigencia legal de los títulos mencionados, por lo que continúa vigente la determinación legal para el ejercicio de la docencia, a los normalistas superiores, licenciados o profesionales legalmente habilitados y adicionalmente, se han tenido en cuenta los tecnólogos en educación; no pueden por lo tanto, los bachilleres pedagógicos hablar de derechos adquiridos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado rindió el concepto fiscal en los siguientes términos:

Señaló que las normas que regulan el ejercicio de la profesión docente están conferidas entre otras, en el Decreto 2277 de 1979, la Ley 115 de 1994 y en el Decreto ley 1278 de 2002.

De conformidad con los anteriores preceptos concluyó que los títulos habilitados para el ingreso al servicio docente están definidos en los artículos 116 y 118 de la Ley 115 de 1994, a saber: título de licenciado en educación o de postgrado en educación, título de normalista superior, tecnólogo en educación y profesionales que acrediten estudios pedagógicos con una duración no menor de un año.

También señaló que pueden ejercer la docencia quienes estén dentro de las excepciones contemplados en esa ley y en el estatuto docente por ello, el artículo 2º del decreto 2277 de 1979, preceptuó que la profesión docente es el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata el mencionado decreto.

Por ello considera que se debe declarar nulo el aparte demandado del Decreto acusado en cuanto asimiló el título de tecnólogo en educación al de normalista superior.

Quiere decir lo anterior que los bachilleres pedagógicos sí están legalmente facultados para ser docentes y por ende para inscribirse en el concurso docente, pero solamente para ejercer en los niveles de preescolar y de básica primaria.

El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias estaba habilitado para regular los aspectos atinentes al nuevo régimen de carrera docentes, atendiendo exclusivamente al criterio de los requisitos de ingreso, sin pretender regular todo el servicio educativo estatal, por ello podía imponer la exigencia de nuevos títulos para el ejercicio de la docencia o haciendo equivalencias entre los mismos. Además, los títulos de bachiller pedagógico y de técnico o tecnólogo en educación están definidos en la ley, pues el artículo 10 del D.E. 2277 de 1979 señala la estructura del escalafón y los requisitos para el ingreso y ascenso en cada cargo. Así, unos son los requisitos para el bachiller pedagógico y otros para el técnico o tecnólogo en educación.

En consecuencia, solicitó que se module el fallo para indicar que los bachilleres sí están legalmente facultados para ser docentes y por ende para inscribirse en el

concurso docente, pero solamente para ejercer en el nivel de preescolar y básica primaria. También, pidió la anulación de la expresión "Para efectos del concurso de ingreso a la Carrera Administrativa Docente, el título de Tecnólogo en Educación será equivalente al de Normalista Superior."

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante guardó silencio. El Ministerio de Educación Nacional por intermedio de apoderado judicial, presentó sus alegatos de conclusión de folios 111 a 112.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en decidir si procede la anulación, solicitada por el ciudadano, CRISTIAN ALBERT USCÁTEGUI SÁNCHEZ, del Decreto 4235 del 16 de diciembre de 2004, proferido por el Gobierno Nacional por haberse excedido en el ejercicio en las facultades reglamentarias, a el conferidas.

CUESTIÓN PREVIA

La norma acusada, publicada en el Diario Oficial No 45.764, de 16 de diciembre de 2004, es del siguiente tenor literal:

"Artículo 1°. modifícase el inciso 1° del artículo 7° del Decreto 3238 de 2004, el cual quedará así:

"Artículo 7°. Requisitos para el ingreso. Podrán inscribirse en el concurso de docentes quienes reúnan los requisitos señalados en los artículos 116 y 118 de la Ley 115 de 1994, en concordancia con lo establecido en los artículos 3°, 10, 12 parágrafo 1°, 21 del Decreto-ley 1278 de 2002. Para efectos del concurso de ingreso a la Carrera Administrativa Docente, el título de Tecnólogo en Educación será equivalente al de Normalista Superior."

El artículo 1 del antes citado Decreto 4235 de 2004, acto acusado, fue derogado por el artículo 21 del Decreto 3982 de 2006¹, pero el artículo 7º conservó idéntica previsión² en lo que se refiere a los requisitos para participar en el concurso de méritos para ingresar a la Carrera Administrativa Docente, es decir títulos en educación superior.³

¹ “Artículo 21. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los Decretos 3238 de 2004, 3755 de 2004, 4235 de 2004 y 3333 de 2005.”

² Norma que en lo pertinente, establece: “Artículo 7º. Requisitos para participar en el concurso. Podrán inscribirse en el concurso de docentes y directivos docentes quienes reúnan respectivamente los requisitos señalados en los artículos 116 y 118 de la Ley 115 de 1994, los artículos 3º y 10 del Decreto-ley 1278 de 2002. Para efectos del concurso de ingreso a la Carrera Administrativa Docente, el título de Tecnólogo en Educación será equivalente al de Normalista Superior. [...]”

³ Artículo 116º.- Título exigido para ejercicio de la docencia. Para ejercer la docencia en el servicio educativo estatal se requiere título de licenciado en educación o de postgrado en educación, expedido por una universidad o por una institución de educación superior nacional o extranjera, o el título de normalista superior expedido por las normas reestructuradas, expresamente autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, y además estar inscrito en el Escalafón Nacional Docente, salvo las excepciones contempladas en la presente Ley y en el Estatuto Docente. [Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-473 de 2006, en forma condicionada, en el entendido de que los bachilleres pedagógicos que hayan obtenido el título correspondiente y hayan sido inscritos en el Escalafón Nacional Docente de conformidad con lo dispuesto en el Decreto ley 2277 de 1979, podrán ser nombrados para ejercer la docencia en planteles oficiales de educación en las condiciones previstas en el mismo decreto. Para este efecto, los títulos de Normalista, Institutor, Maestro Superior, Maestro, Normalista Rural con título de Bachiller Académico o Clásico, son equivalentes al de Bachiller Pedagógico, de conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo 1º del Art. 10 de dicho decreto, siempre y cuando hayan sido inscritos en el escalafón.]

Parágrafo 1º.- Para ejercer la docencia en educación primaria, el título de educación a que se refiere el presente artículo, deberá indicar, además, el énfasis en un área del conocimiento de las establecidas en el artículo 23 de la presente Ley.

Parágrafo 2º.- Quienes en el momento de entrar en vigencia la presente ley, se encuentren cursando estudios en programas ofrecidos por instituciones de educación superior conducentes al título de tecnólogo en educación podrán ejercer la docencia en los establecimientos educativos estatales al término de sus estudios, previa obtención del título e inscripción en el Escalafón Nacional Docente.”

“Artículo 118º.- Ejercicio de la docencia por otros profesionales. Por necesidades del servicio, quienes posean título expedido por las instituciones de educación superior, distinto al de profesional en educación o licenciado, podrán ejercer la docencia en la educación por niveles y grados, en el área de su especialidad o en un área afín. Estos profesionales podrán también ser inscritos en el Escalafón Nacional Docente, siempre y cuando acrediten estudios pedagógicos en el país o en el extranjero, en una facultad de educación o en otra unidad académica responsable de la formación de educadores, con una duración no menor de un año. Decreto Nacional 272 de 1998

Parágrafo.- El personal actualmente vinculado en las anteriores condiciones, tiene derecho a que se les respete la estabilidad laboral y a incorporarse al Escalafón Nacional Docente, siempre y cuando llenen los requisitos indicados en este artículo.”

Como ya lo ha precisado la Sala Plena⁴, pese a la existencia de una norma que deroga la aquí juzgada es procedente un pronunciamiento de mérito respecto del Decreto acusado porque pudo haber producido efectos jurídicos durante su vigencia.

FONDO DEL ASUNTO

Como se lee del texto transcrito la norma censurada se fundamentó en su expedición en los artículos 5º, numeral 5.7., de la Ley 715 de 2001 y 9º del Decreto Ley 1278 de 2002,⁵ normas que en su orden preceptúan:

“ARTÍCULO 5o. COMPETENCIAS DE LA NACIÓN EN MATERIA DE EDUCACIÓN. Sin perjuicio de las establecidas en otras normas legales, corresponde a la Nación ejercer las siguientes competencias relacionadas con la prestación del servicio público de la educación en sus niveles preescolar, básico y medio, en el área urbana y rural:

[...]

5.7. Reglamentar los concursos que rigen para la carrera docente.⁶

[...]

ARTÍCULO 9o. ETAPAS DEL CONCURSO PARA INGRESAR AL SERVICIO EDUCATIVO ESTATAL. Cuando no exista listado de elegibles respectivo, la entidad territorial certificada convocará a concurso público y abierto para cargos docentes y directivos docentes, el cual se realizará según reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, y tendrá las siguientes etapas:

- a) Convocatoria;
- b) Inscripciones y presentación de la documentación;
- c) Verificación de requisitos y publicación de los admitidos a las pruebas;
- d) Selección mediante prueba de aptitudes y competencias básicas.

⁴ Sala Plena de 14 de enero de 1991, expediente No. S-157, Consejero Ponente Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA, al respecto concluyó: "*Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares, por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podía controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo*"

⁵ Decreto declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-208-07 de 21 de marzo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, "siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias".

⁶ Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-618-02 de 8 de agosto de 2002, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, "con relación al cargo de violación del principio de unidad de materia."

Tiene por objeto la escogencia de los aspirantes más idóneos que harán parte del correspondiente listado de elegibles;

e) Publicación de resultados de selección por prueba de aptitud y competencias básicas;

f) Aplicación de la prueba psicotécnica, la entrevista y valoración de antecedentes;

g) Clasificación. Tiene por objeto establecer el orden en el listado de elegibles, según el mérito de cada concursante elegible, asignando a cada uno un lugar dentro del listado para cada clase de cargo, nivel y área del conocimiento o de formación, para lo cual se tendrán en cuenta los resultados de la prueba de aptitudes y competencias básicas; la prueba psicotécnica; la entrevista y la valoración de antecedentes. Para los directivos se calificarán los títulos de postgrado relacionados con las funciones del cargo y la experiencia adicional;

h) Publicación de resultados;

i) Listado de elegibles por nivel educativo y área de conocimiento, en orden descendente de puntaje para cada uno de ellos.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará (de manera general el contenido y los procedimientos de) cada una de las etapas del concurso, la elaboración de las pruebas de selección y señalará los puntajes correspondientes para la selección y clasificación, (determinando cuáles de ellas admiten recursos y su procedimiento).⁷.

De otro lado la norma acusada se remite, para efectos de requisitos de acceso al concurso de méritos, a las normas previstas en los artículos 116 y 118 de la Ley 115 de 1994,⁸ en concordancia con lo establecido en los artículos 3, 10, 12 parágrafo 1°, 21 del Decreto-ley 1278 de 2002,⁹ normas que, en general, ordenan la denominada profesionalización de la educación.

⁷ Parágrafo declarado EXEQUIBLE por el cargo formulado, salvo los apartes entre paréntesis que se declararon INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-734-03 de 26 de agosto de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis.

⁸ Ver nota al pie 3.

⁹ Las normas citadas preceptúan: "ARTÍCULO 3o. PROFESIONALES DE LA EDUCACIÓN. Son profesionales de la educación las personas que poseen título profesional de licenciado en educación expedido por una institución de educación superior; los profesionales con título diferente, legalmente habilitados para ejercer la función docente de acuerdo con lo dispuesto en este decreto; y los normalistas superiores."

ARTÍCULO 10. REQUISITOS ESPECIALES PARA LOS DIRECTIVOS DOCENTES. Para participar en los concursos para cargos directivos docentes de los establecimientos educativos, los aspirantes deben acreditar los siguientes requisitos:

a) Para director de educación preescolar y básica primaria rural: Título de normalista superior, o de licenciado en educación o de profesional, y cuatro (4) años de experiencia profesional;

b) Para coordinador: Título de licenciado en educación o título profesional, y cinco (5) años de experiencia profesional;

c) Para rector de institución educativa con educación preescolar y básica completa y/o educación media: Título de licenciado en educación o título profesional, y seis (6) años de experiencia profesional.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional establecerá los perfiles para cada uno de los cargos directivos y el tipo de experiencia profesional que será tomada en cuenta para estos concursos.

ARTÍCULO 12. NOMBRAMIENTO EN PERÍODO DE PRUEBA. La persona seleccionada por concurso abierto para un cargo docente o directivo docente será nombrada en período de prueba hasta culminar el correspondiente año escolar en el cual fue nombrado, siempre y cuando haya desempeñado el cargo por lo menos durante cuatro (4) meses. [...]

PARÁGRAFO 1o. Los profesionales con título diferente al de licenciado en educación, deben acreditar, al término del período de prueba, que cursan o han terminado un postgrado en educación, o que han realizado

El demandante alega, conforme al concepto de violación arriba sintetizado, que el Gobierno Nacional omitió incluir a los bachilleres pedagógicos escalafonados participar en la convocatoria efectuada por el decreto acusado, con lo cual les impide ejercer la labor docente; en otras palabras; esta alegando la existencia de una violación normativa y constitucional por la omisión del ejecutivo en incluir a los bachilleres pedagógicos entre los opcionados a inscribirse en la Carrera Administrativa Docente.

Con respecto a la inconstitucionalidad por omisión la Sala de la Sección Segunda en reciente providencia¹⁰ ha sentenciado que es procedente alegar la existencia de esta figura en los decretos del Gobierno Nacional, al respecto señaló: “en la inconstitucionalidad por omisión se juzga la conducta negativa, de inercia o inactividad de un órgano del poder que no adecuó su conducta, total o parcialmente, al cumplimiento de la obligación de dictar una norma tendiente a garantizar la efectividad de los mandatos constitucionales y legales.

A los ciudadanos se les deben proporcionar las vías procesales idóneas con el fin de que los afectados con la omisión inconstitucional puedan acceder a la

un programa de pedagogía bajo la responsabilidad de una institución de educación superior, de acuerdo con la reglamentación que al respecto expida el Gobierno Nacional.

[...]

ARTÍCULO 21. REQUISITOS PARA INSCRIPCIÓN Y ASCENSO EN EL ESCALAFÓN DOCENTE. Establécense los siguientes requisitos para la inscripción y ascenso de los docentes o directivos docentes estatales en los distintos grados del Escalafón Docente:

Grado Uno:

- a) Ser normalista superior;
- b) Haber sido nombrado mediante concurso;
- c) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba.

Grado Dos:

- a) Ser licenciado en Educación o profesional con título diferente más programa de pedagogía o un título de especialización en educación;
- b) Haber sido nombrado mediante concurso;
- c) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de competencias en caso de que esté inscrito en el Grado Uno.

Grado Tres:

- a) Ser Licenciado en Educación o profesional;
- b) Poseer título de maestría o doctorado en un área afín a la de su especialidad o desempeño, o en un área de formación que sea considerada fundamental dentro del proceso de enseñanza-aprendizaje de los estudiantes;
- c) Haber sido nombrado mediante concurso;
- d) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de competencias en caso de que esté inscrito en el Grado Uno o Dos.

PARÁGRAFO. Quien reúna los requisitos de los Grados Dos o Tres puede aspirar a inscribirse directamente a uno de estos grados, previa superación de la evaluación del período de prueba.

Una vez inscrito, se considera ascenso pasar de un grado a otro dentro del Escalafón Docente, previa acreditación de requisitos y superación de las correspondientes evaluaciones de desempeño y de competencias, y existencia de disponibilidad presupuestal.”.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 9 de octubre de 2008, Ref: Expediente No.110010325000200400092-00, Número Interno: 1017-2004, Actor: Asociación Nacional De Pensionados De Álcalis De Colombia Y Carlos Arturo Pérez Ayarza, Consejero Ponente: Doctor Jesús María Lemos Bustamante.

administración de justicia con el fin de obtener la descalificación de la conducta omisiva, pues un derecho sin acción o posibilidad de ejercicio resulta inexistente.”

.11

Esta Sala también consideró que a través de la acción de nulidad se puede discutir la existencia de una omisión reglamentaria, cuando, se excluye o se omite incluir en un reglamento, sin razón justificada, a un grupo de personas beneficiarias o posibles beneficiarias de una preceptiva legal, que sería el supuesto alegado por la parte demandante en lo que se refiere a los bachilleres pedagógicos.

Ahora bien, en el presente asunto debe verificarse si la omisión regulatoria alegada fue causada por el Gobierno Nacional, o sí se trata de una exclusión del legislador con respecto a la participación de los bachilleres pedagógicos dentro de la Carrera Administrativa Docente.

En criterio de la Sala ocurre lo segundo, es decir, que el legislador voluntariamente y por políticas estatales, que luego se revisarán, dejó por fuera del concurso docente a los bachilleres pedagógicos.

En efecto las normas que reglamenta el decreto acusado, especialmente el Decreto ley 1278 de 2002 “por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”, excluyeron del concurso de acceso a la Carrera Administrativa Docente a los bachilleres pedagógicos, norma que, además, fue revisada en su Constitucionalidad y declarada ajustada a derecho, entre otras razones, por las omisiones alegadas por el recurrente.

En efecto, en sentencia C-422 de 2005, la Corte Constitucional concluyó que “el criterio “nivel de preparación”, como fundamento para dar un trato diferente en punto de ingreso y ascenso a la carrera docente, no resulta sospechoso. Lo anterior en tanto todas las personas, en principio, tienen la posibilidad de acceder al sistema educativo y en ese sentido, acreditar la preparación necesaria para ocupar determinado cargo con los títulos que así lo acrediten. En segundo lugar, porque en el caso concreto de los bachilleres pedagógicos la normatividad de reestructuración de las escuelas normales les reconoció la posibilidad de obtener

¹¹ Ver entre otros, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Revista semestral del centro de estudios constitucionales, julio de 2006, Autor: Luz Bulnes Aldunate. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN, Teoría General, José Julio Fernández Rodríguez,

el título de normalista superior, si cursaban los cuatro semestres requeridos. En tercer lugar porque el criterio “preparación académica”, pretende ser un parámetro objetivo para evaluar la capacidad para desempeñar determinada labor sin que el mismo pueda ser desconocido de manera arbitraria por el nominador.”..

Posición, además reiterada por esa misma Corporación en sentencia C-647 de 2006 que declaró la exequibilidad de los artículos 2º, 3º, 18 y los incisos primero y segundo del artículo 21 del Decreto Ley 1278 de 2002, reiteró que la exigencia de títulos de idoneidad resultan razonables y acordes con los fines del legislador “de procurar una educación de calidad superior.”.

Además, el Consejo de Estado, a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto del 7 de Abril de 2005, Radicación Número: 1630, Solicitante: Ministro de Educación Nacional, Consejera Ponente: Dra. Gloria Duque Hernandez, señaló que a partir de la vigencia del Decreto Ley 1278 de 2002, Estatuto de Profesionalización Docente, conceptos como necesidades del servicio o carencia de personas licenciadas o escalafonadas no resultan imperantes al momento proveer las vacantes de un cargo docente.

Conforme a lo antes expuesto el Decreto acusado se ajusta en un todo a las normas superiores en que se fundamenta porque la profesionalización de la labor docente con el fin de procurar la una educación de calidad a través de la exigencia de mayores requisitos académicos esta dentro de la potestad regulatoria del legislador y la norma reglamentaria acusada debe respetar esa intención del legislador.

En consecuencia no se existe una omisión del Gobierno Nacional cuando por el Decreto Reglamentario acusado excluyó a los bachilleres pedagógicos del concurso de méritos, pues se insiste, el precepto demandado no podía variar o modificar la intención del legislador.

En lo que se refiere a la presunta violación de los derechos adquiridos de los bachilleres pedagógicos que obtuvieron el título antes del año de 1997, la Sala simplemente hace notar que estos empleados gozan de las prerrogativas del antiguo escalafón docente y continúan prestado sus servicios, porque la norma

no ordena su exclusión del escalafón docente y no regula aspectos relacionados con la permanencia de ellos, simplemente regula lo atinente al ingreso de los nuevos concursantes a la carrera docente.

De otro lado es cierto es que para ingresar y ascender en el nuevo Escalafón de Carrera Administrativa Docente, los bachilleres pedagógicos deben concursar y para acceder al concurso deben cumplir con los nuevos requisitos que la ley ha establecido.

La anterior circunstancia, no implica, como lo alega la parte demandante, que los bachilleres pedagógicos se quedaran sin posibilidades de acceder a la carrera docente sino que deben adquirir un mejor nivel académico y para ello pueden optar por actualizarse, adelantando los dos (2) años faltantes para obtener el título de normalista superior.¹²

Sobre este punto conviene señalar que el Decreto acusado también establece la equivalencia, para efectos del concurso de ingreso a la Carrera Administrativa Docente, del título de Tecnólogo en Educación equiparándolo al de Normalista Superior.

De manera que no existe un trato discriminatorio ni violación de los derechos adquiridos de los bachilleres pedagógicos pues su exclusión de la Carrera Administrativa tiene plenas justificaciones y, en todo caso, no se hizo por el decreto demandado, que simplemente cumple con la voluntad del legislador de profesionalizar la labor docente.

Conforme a lo antes expresado la Sala no comparte lo alegado por el Ministerio Público, en el concepto fiscal, en el que indica que debe modularse la sentencia para precisar que los bachilleres pedagógicos pueden inscribirse en el concurso para los niveles de preescolar y básica primaria, pues esto iría en contra de los preceptos arriba citados y la profesionalización de la educación que quiere dar el legislador para el mejoramiento de la calidad de la educación.

El Ministerio Público, pide que se anule la expresión “el título de Tecnólogo en Educación será equivalente al de Normalista Superior”, porque, en su criterio, esta equivalencia es competencia del legislador.

¹² Cfr. Decreto 2903 de 1994 por el cual se reestructuran las escuelas normales.

La petición de la Procuradora Delegada ante esta Corporación, en principio, debe desestimarse porque el cargo no fue propuesto con la demanda inicial, y de tenerla en cuenta en el momento procesal implicaría una violación del derecho al debido proceso y defensa de las partes involucradas.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala señala que la asimilación de normalista superior al de tecnólogo en educación, se deduce del artículo 116, parágrafo 2º, de Ley 115 de 1994, norma que, en lo pertinente establece: “Quienes en el momento de entrar en vigencia la presente ley, se encuentren cursando estudios en programas ofrecidos por instituciones de educación superior conducentes al título de tecnólogo en educación podrán ejercer la docencia en los establecimientos educativos estatales al término de sus estudios, previa obtención del título e inscripción en el Escalafón Nacional Docente.”.¹³

Efectivamente, del parágrafo aludido, se deduce que legislador les permitió a los tecnólogos en educación el ejercicio de la docencia, luego, entonces, por el decreto acusado la asimilación ordenada no traspasa los linderos de lo reglamentado.

Al respecto, conviene indicar, como ya lo ha precisado la Sala que las facultades del Gobierno no se limitan a repetir el texto de las leyes sino que pueden y deben contener ordenamientos que hagan efectiva y eficiente la ley.¹⁴

En este caso el Gobierno Nacional debió expedir el reglamento que no dejara por fuera a los tecnólogos en educación que tienen, además del bachillerato, estudios superiores en educación, es decir que se cumple con la finalidad de la profesionalización de la educación y el efectuar este reconocimiento, por la norma acusada, no vulnera ni el sentido ni el contenido de la ley.

Conforme a lo antes expuesto la Sala denegará las pretensiones formuladas con la demanda.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹³ Ver Decreto Nacional 804 de 1995 Decreto Nacional 2903 de 1994 Educación en escuelas normales superiores. Ver Decreto Nacional 272 de 1998

¹⁴ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de marzo de 2005, Expediente No. 110010325000200200262 01 (5427-02), ACTOR: Nixon José Torres Carcamo, Magistrado Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante

FALLA

Niéganse las pretensiones de la demanda.

Reconócese a la doctora ADRIANA MARIA SANCHEZ VERGARA, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.975.762 de Bogotá y tarjeta profesional No. 67768 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Nación, Ministerio de Educación, en los términos y para los efectos de la sustitución de poder visible al folio 123 del expediente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase. En firme esta providencia archívese el expediente.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO