

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014).

No. de Referencia: 11001-03-25-000-2009-00077-00

No. Interno: 1091-2009

Actor: RIGOBERTO BAZÁN OROBIO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

AUTORIDADES NACIONALES

Procede la Sala a dictar sentencia en la acción pública de simple nulidad ejercida por el señor Rigoberto Bazán Orobio contra el Acuerdo No. 40 del 25 de marzo de 2009 modificado por el Acuerdo 93 de 2009 *“Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de docentes y directivos docentes de instituciones educativas oficiales del Departamento del Cauca – Convocatoria No. 068 de 2009”*, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Rigoberto Orobio Bazán, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda ante esta jurisdicción la nulidad parcial de los artículos 6, 13, 15 y 20 inciso 3° del Acuerdo No. 40 del 25 de marzo de 2009 modificado por el Acuerdo 93 de 2009 *“Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de docentes y directivos docentes de instituciones educativas oficiales del Departamento del Cauca – Convocatoria No. 068 de 2009”*, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que señalan:

“COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC-

ACUERDO No. 040 de 2009

(25 de marzo)

“Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de docente y directivos docentes de instituciones educativas oficiales del Departamento de Cauca – Convocatoria No. 068 de 2009”

LA PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC,

En ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 130 de la Constitución Política, y su competencia reconocida a nivel jurisprudencial de administración y vigilancia de la carrera docente, (...)

ACUERDA

(...)

Artículo 6°. NORMAS QUE RIGEN EL CONCURSO. Las diferentes etapas del proceso de selección por méritos de docentes y directivos docentes de instituciones educativas estatales, que se convoca mediante el presente acto, se regirán de manera especial por las siguientes normas: Ley 115 de 1994, Ley 715 de 2001, Decreto Ley 1278 de 2002, Decreto Ley 760 de 2005, Ley 1033 de 2006, y demás normas concordantes, y aplicando la normatividad que garantice el respeto a la igualdad y al debido proceso de los aspirantes y los principios orientadores del proceso.

(...)

ARTÍCULO 13°. PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN. Las inscripciones se realizarán atendiendo el siguiente procedimiento:

INSCRIPCIONES			
Procedimiento	Fecha de inicio	Fecha de cierre	Lugar o Ubicación
Pago de derechos de participación (\$24.850) y obtención de PIN	8 de mayo de 2009	29 de mayo de 2009	Banco Popular
Inscripción vía web	11 de mayo de 2009	29 de mayo de 2009	www.icfes.gov.co
Publicación de lista de inscritos que se citan a pruebas	1 de junio de 2009		www.icfes.gov.co
Presentación de reclamaciones de aspirantes para ser incluidos a listado de inscritos			www.icfes.gov.co o www.icfesinteractivo.gov.co
Atención por parte del ICFES de las reclamaciones por inscripción y citación a pruebas. Publicación listado definitivo de inscritos citados a pruebas			www.icfesinteractivo.gov.co
Publicación listado definitivo de inscritos citados a pruebas			www.icfes.gov.co

(...)

ARTÍCULO 15°. REQUISITOS MÍNIMOS PARA LOS EMPLEOS DOCENTES. (Modificado por el Artículo 1 del Acuerdo 98 de 2009) Para inscribirse en el presente concurso de méritos para empleos de docentes, el aspirante debe tener como mínimo el título de normalista superior de una escuela normal debidamente transformada y acreditada por el Ministerio de Educación Nacional, tecnólogo en educación, licenciado o postgrado en educación o profesional con título diferente al de licenciado (...)

(...)

ARTÍCULO 20°. PRUEBAS DE APTITUDES Y COMPETENCIAS BÁSICAS Y PSICOTÉCNICA. (...)

Estas pruebas serán aplicadas en una misma oportunidad a los aspirantes inscritos y admitidos por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior- ICFES el día 5 de julio de 2009, de acuerdo con la hora y lugar que señale la citación que realice el ICFES a cada uno de los participantes. (...)"

El accionante solicita la nulidad del artículo 6 del acuerdo demandado porque excluye como norma del concurso el artículo 5 del Decreto Extraordinario No. 2277 del 14 de septiembre de 1979.

Indica igualmente que los artículos 13 y 15 del acto enjuiciado excluyeron a los bachilleres pedagógicos, peritos o expertos, técnicos o tecnólogos en educación, para participar en el concurso en los niveles de preescolar y básica primaria.

También solicita la nulidad del inciso 3° del artículo 20 del acuerdo accionado *"en cuanto establece que "Estas pruebas serán aplicadas en una misma oportunidad a los aspirantes inscritos y admitidos (...)"* (fl. 20).

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicita que se ordene la Comisión Nacional del Servicio Civil incluir a los bachilleres pedagógicos, peritos o expertos, técnicos o tecnólogos en educación como aptos para participar en la Convocatoria Docente No. 068 de 2009.

También pide que se establezca un nuevo plazo para la inscripción de los participantes al concurso con el objeto de permitir la inscripción de quienes ostentan las calidades anteriormente enunciadas.

Finalmente solicita que se fije una nueva fecha para la realización de la prueba de aptitudes y competencias en la Convocatoria Docente No. 068 de 2009.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda el actor cita como violadas las siguientes normas:

De la Constitución Política, los artículos 4, 25, 29, 125 y 241 (inciso primero, numerales 4 y 5).

Del Decreto Extraordinario No. 2277 de 1979, los incisos 1° y 3° del artículo 5.

De la Ley 115 de 1994, el artículo 116.

Como fundamento de la pretensión de nulidad el actor presenta los siguientes hechos y consideraciones:

Narra que el Decreto Extraordinario No. 2277 de 1979 proferido por el Presidente de la República reguló la carrera docente y señaló en el artículo 5 los requerimientos que debe cumplir quien quiera ejercer la docencia en el sistema educativo nacional.

Indica que según el artículo 116 de la Ley 115 de 1994 para ingresar al servicio educativo estatal se requiere poseer título de normalista, licenciado o profesional expedido por una institución debidamente reconocida por el Estado.

Señala que el artículo 7 del Decreto 1278 de 2002, igualmente prevé que para ingresar al servicio educativo estatal hay que acreditar el título de normalista, licenciado o profesional y superar el concurso de méritos.

Advierte que la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1169 de 2004 declaró inexecutable el artículo 7 del citado decreto *“toda vez que constituye una unidad normativa con las expresiones acusadas como inconstitucionales por el demandante”* del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991. Por otra parte indica que según la Corte las consecuencias de la declaratoria de inconstitucionalidad se concretan en que para acceder a la carrera administrativa docente se requiere acreditar los títulos previstos en el artículo 116 de la Ley 115 de 1994.

Advierte que según los incisos 1° y 3° del artículo 5 del Decreto 2277 de 1979 los bachilleres pedagógicos, peritos o expertos, técnicos o tecnólogos en educación, pueden ser nombrados para ejercer la docencia en planteles oficiales de educación. No obstante agrega que el artículo 116 de la Ley 115 de 1994 excluyó el título de bachiller pedagógico para ejercer la docencia.

Agrega que en la sentencia C-473 de 2006 la Corte Constitucional declaró executable en forma condicionada, el inciso primero del artículo 116 de la Ley 115 de 1994, *“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 la condiciones previstas en el mismo decreto.”* Adicionó que en consecuencia los títulos de normalista, instructor, maestro superior, maestro, normalista rural con título de bachiller académico o clásico, son equivalentes al de bachiller pedagógico, cuando éste se encuentre inscrito en el escalafón.

Resalta que el título de bachiller pedagógico más la inscripción son condiciones que habilitan el ejercicio de la docencia y el acceso a los concursos de carrera docente.

Señala que el acto acusado por el cual se apertura la Convocatoria No. 068 de 2009 para proveer los empleos de docentes y directivos docentes en el Departamento del Valle del Cauca, no permite la participación de los bachilleres pedagógicos, peritos o expertos, técnicos o tecnólogos en educación.

Expresa que en el instructivo publicado en la página electrónica de la convocatoria, bajo el título *preguntas frecuentes*, se indica que el bachiller pedagógico y el técnico profesional no

son títulos válidos en el marco del nuevo estatuto de profesionalización docente (Decreto 1278 de 2002) porque la Ley 115 de 1994 y Ley General de Educación establecieron los títulos válidos para ejercer la docencia oficial, y la Ley no incluyó los bachilleres pedagógicos, ni a los técnicos profesionales, solo contempló a los tecnólogos en educación (fl. 23).

Señala que los bachilleres pedagógicos, peritos o expertos, técnicos o tecnólogos en educación, fueron excluidos de la convocatoria con fundamento en el artículo 7 del Decreto 1278 de 2002, norma retirada del ordenamiento jurídico y en el artículo 116 de la Ley 115 de 1994, declarado exequible de forma condicionada por la Corte Constitucional.

Considera con fundamento en los artículos 4, 241 numerales 4 y 5, y 243 de la Constitución Política que las normas que motivaron la exclusión de los bachilleres académicos de la convocatoria docente, están fuera del ordenamiento jurídico, en razón de las sentencias C-1169 de 2004 y C-473 de 2006.

Resalta que la entidad accionada al expedir el acto demandado desconoció lo previsto por la Corte Constitucional, sobre los bachilleres pedagógicos.

Agrega que la Comisión Nacional del Servicio Civil al excluir a bachilleres pedagógicos, peritos o expertos, técnicos o tecnólogos en educación, desconoció los derechos al trabajo (art. 25 C.P.), a participar en la conformación del poder político (art. 40 C.P.) y que el acceso a los cargos públicos se hace previo cumplimiento de los requisitos legales.

Suspensión provisional

En escrito separado de la demanda el accionante solicitó la suspensión provisional de los artículos 6, 13, 15 y 20 (inciso tercero), en tanto no se permitió que los bachilleres pedagógicos participaran en la convocatoria docente

La solicitud de suspensión de los preceptos demandados fue negada mediante auto del 28 de enero de 2010, en tanto para la Sala, de la confrontación directa entre el aparte del acto acusado y las normas presuntamente violadas, no se evidenció una vulneración flagrante.

2. Contestación a la demanda.

La Comisión Nacional del Servicio Civil en escrito visible a folios 43 a 52 propone las excepciones de inepta demanda e indebida utilización de la acción de nulidad para atacar el Acuerdo 040 de 2009 como acto administrativo de trámite, y de forma subsidiaria se opone a las pretensiones de la demanda.

Sobre la excepción de inepta demanda afirma que el artículo 137 numeral 4° del CCA, prevé como uno de los requisitos de la demanda, que se indiquen las normas violadas y el concepto de violación.

Al respecto agrega que la violación alegada debe contener un mínimo de ejercicio argumentativo *“que excluye ab initio la invocación de falacias, dado que no puede existir un debate jurídico serio y real a partir de éstas”* (fl. 46).

En este sentido resalta que la demanda parte de dos supuestos errados, esto es, que el acto acusado se expidió con fundamento en el artículo 7 del Decreto 1278 de 2002, norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1169 de 2004, y que los bachilleres pedagógicos inscritos en el escalafón nacional docente pueden participar en las convocatorias actuales.

Sobre estos aspectos destaca la entidad accionada que el estatuto de profesionalización docente contenido en el Decreto 1278 de 2002 reglamentado por el Decreto 3982 de 2006, no incluye el título de bachiller pedagógico.

Señala que en la sentencia C-314 de 2007 se estudió la constitucionalidad de los artículos 19 y 20 del Decreto Ley 1278 de 2002, y en síntesis se consideró que tanto el decreto en comento, como el del régimen anterior, esto es, el Decreto Ley 2277 de 1979, regulan regímenes de carrera con características diferentes, por lo que no hay lugar a efectuar comparaciones entre los dos, y que no se puede pretender la aplicación de normas de cada uno de los regímenes a libre arbitrio. Agrega que los derechos adquiridos de quienes se rigen por el Decreto 1278 de 1979 se predicán solamente respecto de dicho régimen y no con el nuevo que está reglamentado en el Decreto Ley 1278 de 2002.

Propuso igualmente la excepción que denominó “*indebida utilización de la acción de nulidad para atacar actos administrativos de trámite, concretamente el Acuerdo 040 de 2009*”, al respecto indica que el acto demandado es de trámite, de modo que no hay lugar a un pronunciamiento de fondo, porque no es objeto de control jurisdiccional. En este punto resalta que los únicos actos definitivos en una convocatoria son la lista de elegibles y la inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa.

Ahora bien, como argumentos de fondo contra las pretensiones de la demanda indica que los bachilleres pedagógicos de conformidad con el estatuto de profesionalización docente, no están habilitados para presentarse en las convocatorias docentes que se efectúen después de su fecha de expedición.

Señala que el citado estatuto busca el mejoramiento en la calidad de la educación, por lo cual los requisitos para el ejercicio docente se tornaron más

exigentes, sin embargo esto no conlleva a que se desconozcan los derechos adquiridos de quienes ya estuvieran nombrados en propiedad, los que tienen derecho a conservar su empleo.

Indica que carece de fundamento jurídico, la afirmación según la cual el bachiller pedagógico que está inscrito en el escalafón está habilitado para participar en las convocatorias que tienen como propósito proveer las plazas docentes en el sector oficial, ya que aunque la Corte Constitucional consideró en la sentencia C-473 de 2006 que los bachilleres pedagógicos inscritos en el escalafón nacional pueden ser nombrados para ejercer la docencia en planteles oficiales, -consideración que tiene por objeto proteger los derechos de quienes se benefician del régimen anterior, esto es, el Decreto Ley 1277 de 1979- dichos bachilleres no son beneficiarios de la normatividad de las nuevas convocatorias.

Manifiesta que el Decreto Ley 1277 de 1979 y el Decreto 1278 de 2002 contienen sistemas diferentes, de modo que quienes decidan participar en las nuevas convocatorias deben someterse a las condiciones previstas por las normas del régimen actual, lo cual no conlleva a una violación de la Constitución Política “*en la medida que su participación es de carácter voluntario*” (fl. 51).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no se pronunciaron.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicita que se acceda parcialmente a las pretensiones de la demanda y que en consecuencia se declare la nulidad del artículo 15 y se nieguen las demás pretensiones, con fundamento en los siguientes argumentos (fls. 88 a 94):

Indica frente a las excepciones propuestas que en el concepto de violación, el demandante sí expuso los argumentos jurídicos en los que fundamentó sus pretensiones. Adiciona que el acuerdo demandado sí es objeto de control jurisdiccional porque se trata de un acto administrativo que produjo efectos jurídicos *“hasta el punto que excluyó a los docentes bachilleres de la posibilidad de participar en la misma”* (fl. 91 vto).

Resalta que la Corte Constitucional en la sentencia C-1169 de 2004 al declarar inexecutable el artículo 7 del Decreto 1278 de 2002, aclaró que si bien el ejecutivo había sido facultado a través del artículo 111.2 de la Ley 715 de 2001 para expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa, no podía regular todo el servicio educativo estatal, a través de la imposición de nuevos títulos para el ejercicio de la docencia, con cual estaba derogando el artículo 116 de la Ley 115 de 1994. En este sentido consideró la Corte que el Gobierno Nacional, había desbordado el ejercicio de la facultad reglamentaria e insistió en que los títulos para acceder a la carrera docente están previstos en el artículo 116 de la Ley 115 de 1994.

Señala que dicha norma excluyó del ejercicio docente a los bachilleres pedagógicos escalafonados bajo el Decreto 2277 de 1979, agrega, sin embargo que fue declarada executable de forma condicionada en la sentencia C-473 de 2006, pues se determinó que violaba el derecho al trabajo y a ejercer cargos públicos; en consecuencia se consideró que los bachilleres

pedagógicos inscritos en el escalafón nacional docente, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2277 de 1979 pueden ser nombrados para ejercer la docencia en planteles oficiales de educación.

Resalta que el Acuerdo No. 40 es ilegal porque excluyó a todos los bachilleres pedagógicos, y agrega que según la Corte aquéllos que obtuvieron el título correspondiente y estaban inscritos en el escalafón antes de 1997, tienen derecho a ejercer la docencia.

Anota que aunque es válido como lo consideró la Corte que se aumenten los estándares de preparación, esto no implica el desconocimiento de los derechos adquiridos (C-476/2006 y C-422/2005).

Manifiesta que si bien después del artículo 116 de la Ley 115 de 1994, los docentes que no tengan títulos universitarios o de instituciones de educación superior, o títulos diferentes al de normalista, expedidos por las escuelas normales reestructuradas, no son aptos para ingresar a la carrera docente *“cuando se trate de bachilleres pedagógicos escalafonados antes de 1997, podrán ejercer la docencia en los términos del estatuto docente, mientras demuestren idoneidad en las pruebas de permanencia y ascenso en el mismo”* (fl. 93 vto).

Concluye que procede la declaratoria de nulidad del artículo 15 del Acuerdo No. 40 de 2009 porque excluyó a los bachilleres pedagógicos, peritos o expertos, técnicos en educación, para participar en el concurso en los niveles de preescolar y básica primaria. El Ministerio Público encuentra que no es viable la declaratoria de nulidad de las demás disposiciones demandadas, ya

que los concursos públicos de méritos son obligatorios para ingresar al servicio docente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De la excepción de inepta demanda

1.1 Presunto desconocimiento del numeral 4° del artículo 137 del CCA.

Afirma la Comisión Nacional del Servicio Civil que en el escrito de la demanda no hay un concepto de violación que cumpla con un “*mínimo ejercicio argumentativo*”, el cual excluye la invocación de falacias.

Desarrolla la excepción en que el demandante parte de los siguientes supuestos errados, consistentes en que el acto censurado se expidió con fundamento en el artículo 7 del Decreto 1278 de 2002, norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en la sentencia C-1169 de 2004, y en que los bachilleres pedagógicos pueden participar en las convocatorias docentes actuales.

Para la Sala la excepción no está llamada a prosperar por las razones que a continuación se indican:

De acuerdo con el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo¹, en toda demanda el actor deberá indicar las normas violadas y explicar el contenido de la

¹ “Art. 137.- Contenido de la demanda. Toda la demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse a tribunal competente y contendrá: (...) 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.”

violación, pues le corresponde a la parte actora la carga desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-197 de 1999², al estudiar la constitucionalidad de la referida norma, al indicar que es ilógico que el juez administrativo busque de oficio las posibles causas de nulidad de los actos administrativos y que la imposición al demandante de la referida obligación *“contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación”*.

Igualmente el Consejo de Estado en sentencia del 7 de noviembre de 1995 manifestó que la indicación de los hechos, omisiones, las normas violadas y el concepto de la violación que fundamentan la solicitud de nulidad, tiene su razón de ser en que en el *“proceso contencioso administrativo se realiza un control de legalidad limitado a lo solicitado por la parte actora, limitado a los hechos u omisiones alegados y a las normas que fueron citadas como violadas y al motivo de la violación”*³.

Observa la Sala que en el caso concreto respecto de la solicitud de nulidad de los artículos 6, 13 y 15 del acuerdo demandado que la parte actora invocó las normas que considera violadas y expuso detalladamente los motivos por los cuales estima que dichas normas acusadas desconocen presuntamente los preceptos de orden constitucional o legal que cita como transgredidos; por tanto el accionante en este caso cumple con la carga procesal impuesta por la norma precitada. Ahora bien, un asunto diferente es la valoración que hace la parte demandada de la pertinencia y solidez de los argumentos contenidos en el concepto de la violación, cuestión que se estudiará para decidir el fondo del presente asunto.

² Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1991, Magistrado Ponente ANTONIO BARRERA CARBONELL

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Dr. Mario Alario Méndez, Sentencia de 7 de noviembre de 1995. Radicación No. 1415, Actor: Jorge E. Gutierrez Mora.

En este orden de ideas, la excepción de inepta demanda, en razón al concepto de violación, propuesta por la Comisión Nacional de Servicio Civil no está llamada a prosperar, respecto de los artículos 6, 13 y 15 del acuerdo demandado.

Por otra parte, el accionante también solicita la nulidad del inciso 3° del artículo 20 del acuerdo accionado *“en cuanto establece que “Estas pruebas serán aplicadas en una misma oportunidad a los aspirantes inscritos y admitidos (...)” (fl. 20).*

A este respecto, la Sala encuentra que frente a esta norma del Acuerdo No. 40 de 2009 modificado por el Acuerdo 93 de 2009, el actor no formuló un cargo en concreto y ni desarrolló motivo alguno de ilegalidad en el concepto de violación, por lo que respecto de este inciso del artículo 20, la Sala declarará de oficio la excepción de inepta demanda de conformidad con lo previsto en el inciso 2 del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo y se declarará inhibida para pronunciarse.

1.2 De la indebida utilización de la acción de nulidad para atacar actos administrativos de trámite.

Considera la entidad accionada que el Acuerdo 40 de 2009 es un acto de trámite dentro de la Convocatoria 068 de 2009, por lo que no es objeto de control jurisdiccional y no hay lugar a un pronunciamiento de fondo.

Frente a esta excepción advierte la Sala que el Acuerdo 40 de 2009 *“Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de docentes y directivos docentes de instituciones educativas oficiales del Departamento de Cauca –Convocatoria No. 068 de 2009”*, fue proferido por la Comisión Nacional del Estado Civil en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 130 de la Constitución Política que señala:

“ARTICULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.”

Así, resalta la Sala que el Acuerdo 40 de 2009 constituye la norma reguladora de la convocatoria dado que fija las reglas del desarrollo del proceso de selección y las condiciones a las que deben someterse los participantes, en esta medida contienen una decisión autónoma de la administración, que es ajena al simple impulso de la actuación administrativa, en cuanto contiene las directrices y parámetros dentro de los cuales se desarrolla el concurso de méritos, y fija las reglas a las que por voluntad de la administración deben someterse los participantes en los concursos.

Aunado a lo anterior, el citado Acuerdo constituye la materialización del ejercicio de la facultad reglamentaria otorgada a la Comisión Nacional del Servicio Civil directamente por el legislador, el cual de forma imperativa ordenó que dentro del año siguiente a la creación de la referida Comisión, se debían convocar los concursos abiertos para cubrir los empleos de carrera administrativa que se encuentren provistos mediante nombramiento provisional o encargo.

En un sentido similar la Sala se pronunció en las providencias⁴ del 12 de mayo de 2011 sobre la naturaleza del acto mediante el cual se realiza la convocatoria como acto administrativo reglamentario dentro de los concursos de méritos, donde se afirmó que aquél tiene plena autonomía y puede ser demandado directamente:

“Según el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, el proceso de selección comprende la etapa de convocatoria “que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”. Así las cosas las fases de reclutamiento, realización de las pruebas y confección de la lista de elegibles, no son sino el desarrollo de lo dispuesto en la convocatoria, que de ese modo resulta ser el acto más importante de todo el proceso que desarrolla un concurso.

Según la preceptiva legal, el acuerdo por medio del cual se convoca a un concurso público para proveer cargos por el sistema de méritos, es el instrumento que provee las reglas del concurso y como tal concluye definitivamente esa etapa, pues la convocatoria es norma reguladora de

⁴ Consejo de Estado, Subsección B, Consejero Ponente, Víctor Hernando Alvarado Ardila, expedientes con radicación 11001032500020090006700, con número interno 1060-2009 y 11001032500020090008100, con número interno 1103-2009.

todas las demás fases del concurso. Es indiscutible entonces que el acto de convocatoria, en atención a su dimensión eminentemente normativa y de acatamiento forzoso para la administración y los interesados, ostenta plena autonomía, por lo tanto no es un acto instrumental o accesorio de otros posteriores, sino que puede ser demandado directamente sin esperar, como sugiere la parte accionada, a que se confeccione la lista de elegibles como acto final. Se añade además, que por su carácter general, la convocatoria no es susceptible de recursos, y no puede depender de los demás actos que lo desarrollan, como el de confección de la lista de elegibles. Por el contrario, si el acto de convocatoria, dada su autonomía e importancia como norma reguladora del concurso, fuese retirado del ordenamiento jurídico, caerían las demás etapas del proceso y no al contrario. Se sigue de lo anterior que sí es demandable la convocatoria, pues no se trata de un acto de trámite.” (El subrayado es nuestro)

Visto lo anterior esta excepción no está llamada a prosperar.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si los artículos 6, 13, 15 y 20 inciso 3° del Acuerdo No. 40 del 25 de marzo de 2009 modificado por el Acuerdo 93 de 2009, son nulos parcialmente, por incurrir presuntamente la Comisión Nacional del Servicio civil en las siguientes omisiones:

- i) El artículo 6 del acuerdo demandado a juicio del actor debió incluir como norma del concurso el Decreto Extraordinario No. 2277 del 14 de septiembre de 1979.
- ii) Los artículos 13 y 15 del acto enjuiciado debieron incluir a los bachilleres pedagógicos, peritos o expertos, técnicos o tecnólogos en educación, para participar en el concurso en los niveles de preescolar y básica primaria, esto de conformidad con la sentencia C-473 de 2006, que declaró la exequibilidad condicionada del inciso 1° del artículo 116 de la Ley 115 de 1994.

El actor también solicita la nulidad del inciso 3° del artículo 20 del acuerdo accionado “en cuanto establece que “Estas pruebas serán aplicadas en una misma oportunidad a los aspirantes inscritos y admitidos (...)” (fl. 20).

Para desatar el problema jurídico planteado por las partes, la Sala desarrollara los siguientes temas: i) De las omisiones reglamentarias, ii) Los bachilleres pedagógicos y otros títulos en el servicio docente (marco normativo y jurisprudencial) y iii) Los bachilleres pedagógicos no están habilitados para participar en los concursos docentes (reiteración de jurisprudencia).

i) De las omisiones reglamentarias

En sentencia proferida por esta Sección el 9 de octubre de 2008⁵ se consideró que mutatis mutandis frente a la inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, cuando la autoridad encargada de la regulación de una materia, incumple la obligación de dictar una norma, puede incurrir en una omisión reglamentaria que se puede discutir a través de la acción de nulidad. Se consideró en la citada providencia:

“Finalmente conviene señalar que 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 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.*⁶

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, exp. 11001-03-25-000-2004-00092-00(1017-04); esta tesis fue reiterada en los fallos del 9 de abril de 2009, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, exp. 110010325000200500231 00 (9901-2005) y el 28 de febrero de 2013, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, exp. 11001-03-25-000-2010-00058-00 (0458-2010).

⁶ 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 INCONSTUCIONALIDAD POR OMISIÓN, Teoría General, José Julio Fernández

(...)

Con base en lo expuesto, esta Sala, considera que, mutatis mutandis, es procedente a través de la acción de nulidad discutir la existencia de una omisión reglamentaria, cuando, a partir de su expedición, 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.

El problema que se presenta al juez, en este caso, es aún más complejo porque, además de la existencia de la omisión regulatoria, debe verificarse si es posible aplicar la norma reglamentada de manera directa.

Así las cosas, en criterio de la Sala, resulta procedente en la acción de nulidad alegar la denominada “inconstitucionalidad por omisión”.

La procedencia de la declaración de “inconstitucionalidad por omisión” tiene fundamento, además, en el artículo 170 del C.C.A., que establece (...).

Esta norma le permite al Juez de lo Contencioso Administrativo, al revisar la legalidad de una norma, estatuir nuevas disposiciones, modificarlas o reformarlas, lo que debe entenderse en sentido amplio, es decir, no sólo para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la de reparación directa, como se había concebido inicialmente⁷, sino para la acción de simple nulidad, en donde, como en el presente caso, a partir de la anulación del acto general se pueden incluir disposiciones nuevas que modifiquen o reformen, de acuerdo con la Constitución y la Ley, las que se declaran nulas.”

Rodríguez, Civitas Madrid -1998; INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN, Víctor Bazán, Coordinador, Temis, Bogotá 1997.

⁷ Texto original del Decreto 1 de 1984: “ARTICULO 170. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia analizará los hechos de la controversia, las pruebas en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y con base en tal análisis resolverá las peticiones, en forma que no quede cuestión pendiente entre las partes y por los mismos hechos.

Para el solo efecto de atender las peticiones previstas en los artículos 85 a 88, podrán estatuirse en las sentencias disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o no expedidos, y modificar o reformar aquellas.”

Sumado a lo anterior, también se consideró en el fallo de 2 de abril de 2009 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.”*⁸

ii) Los bachilleres pedagógicos y otros títulos en el servicio docente (Marco normativo y jurisprudencial)⁹.

En sentencia del 12 de agosto de 2010¹⁰, esta Subsección negó la solicitud de nulidad del Acuerdo No. 061 de 2009 por el cual se convocó para proveer los empleos vacantes de docentes y directivos docentes de instituciones educativas oficiales del Municipio de Popayán.

En dicho fallo se expuso que el Decreto No. 2277 de 1979, anterior Estatuto Docente, en el artículo 5°, señalaba los requisitos para el ingreso a la carrera docente oficial, así:

“Artículo 5°._ Nombramientos. A partir de la vigencia de este Decreto sólo podrán ser nombrados para ejercer la docencia en planteles oficiales de educación quienes posean título docente o acrediten estar inscritos en el Escalafón Nacional Docente, de conformidad con los siguientes requerimientos para cada uno de los niveles del Sistema Educativo Nacional:

Para el Nivel Preescolar: Peritos o expertos en educación, técnicos o tecnólogos en educación con especialización en este nivel, bachilleres pedagógicos, licenciados en ciencias de la educación con especialización o con post-grado en este nivel, o personal escalafonado.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 2 de abril de 2009, proceso 11001-03-25-000-2005-00231-00, N.I. 9901-05.

⁹ Este mismo marco se expuso en la sentencia del 12 de agosto de 2010, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente con radicado No. 11001-03-25-000-2009-00078-00, número interno 1092-2009.

¹⁰ *Ídem.*

Para el Nivel Básico Primario: Bachilleres pedagógicos, peritos o expertos, técnicos o tecnólogos en educación, licenciados en ciencias de la educación o con post-grado en este nivel, o personal escalafonado.

Para el Nivel Básico Secundario: Peritos o expertos, técnicos o tecnólogos en educación, licenciados en ciencias de la educación o con post-grado en este nivel, o personal clasificado como mínimo en el cuarto (4º) grado de escalafón, con experiencia o formación docente en este nivel.

Para el Nivel Medio: Técnicos o tecnólogos en educación, licenciados en ciencias de la educación, o con post-grado en educación, o personal clasificado como mínima en el quinto (5º.) grade del escalafón, con experiencia o formación docente en este nivel.

Para el Nivel Intermedio: Licenciados en ciencias de la educación o con post-grado en educación, o personal clasificado como mínima en el sexto (6º.) grade del escalafón, con experiencia o formación docente en el nivel medio”.

Igualmente se indicó que la Ley 115 de 1994, "Por la cual se expide la ley general de educación", en los artículos 116, 117 y 118, relaciona los títulos y requisitos exigidos para el ejercicio de la docencia en el servicio educativo estatal:

“Artículo 116°.- 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.

Parágrafo 1°._ 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 2°._ 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 termino de sus estudios, previa obtención del título e inscripción en el Escalafón Nacional Docente.

Artículo 117°.- Correspondencia entre la formación y el ejercicio profesional de educador. El ejercicio de la profesión de educador corresponderá a la formación por él recibida. Para el efecto, las instituciones de educación superior certificarán el

nivel y área del conocimiento en que hizo énfasis el programa académico.

Parágrafo 1°.- El título de normalista superior solo acredita para ejercer la docencia en el nivel de preescolar y en el ciclo de educación básica primaria, en los términos de la presente Ley.

Artículo 118°.- 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.

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.

Posteriormente se expuso que el artículo 7° del Decreto Ley 1278 de 2002, que fijaba los requisitos para ingresar al servicio educativo estatal, prescribía:

ARTÍCULO 7°. A partir de la vigencia de este decreto, para ingresar al servicio educativo estatal se requiere poseer título de licenciado o profesional expedido por una institución de educación superior debidamente reconocida por el Estado o título de normalista superior y, en ambos casos, superar el concurso de meritos que se cite para tal fin, debiendo ejercer la docencia, en el nivel educativo y en el área de conocimiento de su formación. Quienes posean título de normalista superior expedido por una escuela normal superior reestructurada, expresamente autorizada por el Ministerio de Educación Nacional, podrán ejercer la docencia en educación primaria o en educación preescolar. PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional determinara los casos y términos en que, por tratarse de zonas de difícil acceso, poblaciones especiales o áreas de formación técnicas o deficitarias, puedan vincularse provisionalmente al servicio educativo personas sin los títulos académicos mínimos señalados en este artículo, pero sin derecho a inscribirse en el escalafón docente.”.

Se indicó igualmente que esta norma fue declarada inexecutable en la sentencia C-1169 de 2004¹¹ por la Corte Constitucional, al considerar que

¹¹ Dr. Rodrigo Escobar Gil

constituía una *“unidad normativa con las expresiones acusadas como inconstitucionales por el demandante, según lo expuesto en el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991”*. Por otra parte la Corte expuso que dicha declaratoria apareja como consecuencias las siguientes: *“(i) Los títulos que se requieren para el ingreso al servicio educativo estatal, así como para acceder a la carrera administrativa docente, se encuentran previstos en el citado artículo 116 de la Ley 115 de 1994; (ii) La superación del concurso de meritos enunciada en la norma declarada inexecutable, no conduce a la inconstitucionalidad de su exigibilidad, pues su obligatoriedad se deriva directamente del artículo 125 del Texto Superior, y de los artículos 8, 18, 21 Y 22 del Decreto 1278 de 2002.”*

Ahora bien, posteriormente la Corte en la sentencia C-473 de 2006¹² estimó que efectivamente el inciso 1° del artículo 116 de la Ley 115 de 1994 excluyó a los bachilleres pedagógicos del servicio educativo estatal, con lo cual dicha norma violó los derechos adquiridos al trabajo y al ejercicio de cargos públicos de aquéllos que tuvieran su título e inscripción en el Escalafón Nacional Docente al amparo del Decreto ley 2277 de 1979, sin embargo en virtud del principio de conservación del derecho, decidió declarar la exequibilidad de la norma, bajo el entendido 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.”*

Igualmente consideró la Corte que *“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*

¹² Dr. Jaime Araujo Rentería

Pedagógico, de conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo 10º del Artículo 10º de dicho decreto.”¹³

Finalmente, el artículo 1º de la Ley 1297 de 2009 que modificó el artículo 116 de la Ley 115 de 1994, reguló nuevamente los títulos para ejercer la docencia así:

“Artículo 1º. El artículo 116 de la Ley 115 de 1994 quedará así:

Artículo 116. Título para ejercicio de la docencia. Para ejercer la docencia en el servicio educativo se requiere Título de Normalista Superior expedido por una de las Normales Superiores Reestructuradas, expresamente autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional o de Licenciado en Educación u otro título profesional expedido por una institución universitaria, nacional o extranjera, académicamente habilitada para ello.

Parágrafo 1º. Para garantizar la prestación del servicio educativo estatal en zonas de difícil acceso podrá contratarse su prestación con entidades privadas de reconocida trayectoria e idoneidad, de conformidad con la reglamentación vigente, siempre que el personal que integra las correspondientes listas de elegibles para ser nombrados en esos cargos no acepte el nombramiento, que no se cuente con personal titulado para proveer los cargos en provisionalidad o no se cuente con las correspondientes plazas. Las entidades contratadas tendrán la obligación de capacitar al personal que se destine para la docencia, remunerarlo de acuerdo con las escalas salariales fijadas por el Gobierno Nacional y garantizar su afiliación al sistema de seguridad social en los términos de la ley. En todo caso, dicho personal deberá acreditar como mínimo la culminación de la educación media, condición esta que no se aplica a la oferta de servicio educativo para las comunidades indígenas. El servicio educativo que se ofrezca a estas comunidades será atendido provisionalmente con docentes y directivos docentes etnoeducadores normalistas superiores, licenciados en educación o profesionales con título distinto al de licenciado o, cuando no los hubiere disponibles, por personal autorizado por las autoridades tradicionales del correspondiente pueblo indígena, sin los títulos académicos a los que se refiere este artículo.

Parágrafo 2º. Para ejercer la docencia en educación primaria, el título de normalista superior o el de licenciado en educación no requiere ningún énfasis en las áreas del conocimiento.

¹³ *Ídem.*

Parágrafo 3º. Para efectos del concurso de ingreso a la carrera administrativa docente, el título de Tecnólogo en Educación será equivalente al de Normalista Superior.”

La norma anteriormente transcrita señala que quienes acrediten los títulos normalista superior, licenciado en educación u otro título profesional, podrán ejercer la docencia en el sector educativo. Igualmente agrega que el título de tecnólogo en educación es equivalente al de normalista superior, para efectos del concurso de ingreso a la carrera administrativa docente.

ii) Los bachilleres pedagógicos aspirantes a ingresar a la carrera docente no están habilitados para participar en los concursos docentes por disposición del legislador (reiteración de jurisprudencia).

Sobre este tema la Sección Segunda de esta Corporación se pronunció en la sentencia del 2 de abril de 2009¹⁴, al estudiar la legalidad del Decreto 4235 de 2004 por el cual el Gobierno Nacional reiteró lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 115 de 1994 sobre los títulos habilitantes para el ingreso a la carrera docente. En dicho evento la petición de nulidad se centró en que en criterio del demandante la norma en comento impidió *ilegítimamente* el ejercicio de la profesión docente a los bachilleres pedagógicos escalafonados antes de la entrada en vigencia del Decreto 3012 de 1997.

La Sala negó la solicitud de nulidad al estimar que la norma demandada no regulaba la situación de quienes ya estaban antiguo escalafón docente, y que

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 2 de abril de 2009, proceso 11001-03-25-000-2005-00231-00, N.I. 9901-05.

el Gobierno Nacional estaba dando cumplimiento a lo previsto por el legislador, así:

“Ahora bien, en el presente asun 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.

(...)

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 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.”¹⁵

Posteriormente en sentencia del 12 de agosto de 2010¹⁶, esta Subsección se pronunció sobre la legalidad del Acuerdo No. 061 de 2009 por el cual se convocó para proveer los empleos vacantes de docentes y directivos docentes de instituciones educativas oficiales del Municipio de Popayán. El actor en dicho proceso, igualmente alegó entre los cargos de nulidad, que la Comisión Nacional del Servicio civil había incurrido en una omisión al excluir de la posibilidad de participar en el concurso docente a los bachilleres académicos.

En esta providencia se consideró en síntesis que el artículo 116 de la Ley 115 de 1994 excluyó la validez del título de Bachiller Pedagógico, para concursar a un cargo docente y que si bien fue declarada su exequibilidad condicionada, en el entendido que se deben respetar los derechos adquiridos “*de algunos docentes que ya ingresaron o estaban en posibilidad de ingresar cumpliendo las exigencias del Decreto 2277 de 1979*”, esta protección “*no implica que dicho Decreto siga vigente para regular todas las convocatorias posteriores como regla del concurso, habida cuenta de su derogación.*”¹⁷

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 2 de abril de 2009, proceso 11001-03-25-000-2005-00231-00, N.I. 9901-05.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 12 de agosto de 2010, expediente con radicado No. 11001-03-25-000-2009-00078-00, número interno 1092-2009.

¹⁷ Ídem

Así las cosas, en suma se estableció que *“el acto demandado en cuanto no comprende a los bachilleres pedagógicos como aspirantes a ingresar al magisterio, se acompasa plenamente con los dictados de la Ley 115 de 1994 y no puede ser tachado de ilegal, por lo que este cargo no prospera.”*¹⁸

En el mismo sentido se aclaró que los actuales bachilleres pedagógicos que no ingresaron al escalafón docente bajo la aplicación del Decreto 2277 de 1979 no pueden pretender *“ingresar a cargos docentes que requieren exigencias que de acuerdo a las normas hoy vigentes”*, esto es el artículo 116 de la Ley 115 de 1994, que excluye *“ la posibilidad de que aquellos puedan ingresar por concurso al servicio público docente, todo sin perjuicio de quienes ya pertenecen al escalafón por haber ingresado durante la vigencia del Derogado Decreto 2277 de 1979 preserven sus derechos.”*¹⁹

Del caso en concreto

En el asunto bajo estudio, la parte actora solicita la nulidad de los artículos 6, 13, 15 y 20 inciso 3° del Acuerdo No. 40 del 25 de marzo de 2009 modificado por el Acuerdo 93 de 2009, en tanto en su criterio la Comisión Nacional del Servicio Civil incurrió en una omisión normativa.

Dicha omisión en que presuntamente incurrió la Comisión Nacional del Servicio Civil se concreta en que:

- i) El artículo 6 del acuerdo demandado a juicio del actor debió incluir como norma del concurso el Decreto Extraordinario No. 2277 del 14 de septiembre de 1979.

¹⁸ Ídem

¹⁹ Ídem

ii) Los artículos 13 y 15 del acto enjuiciado debieron incluir a los bachilleres pedagógicos, peritos o expertos, técnicos o tecnólogos en educación, para participar en el concurso en los niveles de preescolar y básica primaria, esto de conformidad con la sentencia C-473 de 2006, que declaró la exequibilidad condicionada del inciso 1° del artículo 116 de la Ley 115 de 1994.

En primer lugar y previo al estudio de fondo se aclara frente a la pretensión de nulidad contra el inciso 3° del artículo 20 del acuerdo demandado, que el actor sustenta su petición al endilgar que el precepto acusado *“establece que “Estas pruebas serán aplicadas en una misma oportunidad a los aspirantes inscritos y admitidos (...)”* (fl. 20), sin embargo no desarrolla cuál es el vicio en que aquél incurre, ni expone un cargo o un motivo de ilegalidad.

Así las cosas, como ya se indicó en el estudio de las excepciones, es una obligación de la parte actora desarrollar el concepto de violación, el cual constituye el marco al que está sujeto el juez para estudiar la legalidad de la norma demandada, y como en el presente caso el demandante no cumplió con esta carga procesal, la Sala declarará de oficio la excepción de inepta demanda de conformidad con lo previsto en el inciso 2 del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo y se declarará inhibida para pronunciarse sobre la solicitud de nulidad del inciso 3° del artículo 20 del acuerdo accionado.

En segundo lugar, respecto del artículo 6 del acuerdo demandado, cuya nulidad se reclama con fundamento en que no incluyó dentro de las normas que rigen el concurso, el artículo 5 del Decreto Extraordinario No. 2277 de 1979, se reitera lo considerado en la sentencia del 12 de agosto de 2010²⁰, providencia en la cual se expuso que dicho artículo fue derogado tácitamente, por ende no está vigente, en tanto el artículo 116 de la Ley 115 de 1994 reguló los títulos exigidos para ejercer la docencia así:

“Artículo 116°.- Título exigido para ejercicio de la docencia. [Modificado por la Ley 1297 de 2009](#). Para ejercer la docencia en el servicio educativo estatal se requiere título de licenciado en educación o de postgrado en

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 12 de agosto de 2010, expediente con radicado No. 11001-03-25-000-2009-00078-00, número interno 1092-2009.

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. (...)”

Se precisó en la citada providencia que *“A pesar de ello, la preservación de los derechos adquiridos de algunos docentes que ya ingresaron o estaban en posibilidad de ingresar cumpliendo las exigencias del Decreto 2277 de 1979, no implica que dicho Decreto siga vigente para regular todas las convocatorias posteriores como regla del concurso, habida cuenta de su derogación. En verdad, la norma que otorgaba a los Bachilleres Pedagógicos y a los que estos se asimilan, la posibilidad de acceder a cargos públicos docentes mediante concurso, ya no pertenece al orden jurídico por haber sido derogada tácitamente por el artículo 116 de la Ley 115 de 1994 y nadie podría esgrimir aquel precepto para justificar su ingreso mediante un concurso público de méritos.”*²¹ (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, es claro para la Sala que no asiste la razón a la parte actora, al considerar que el artículo 6 del acuerdo enjuiciado debe incluir como norma del concurso, un decreto que ha sido derogado tácitamente, en tanto al no estar vigente no es vinculante para la administración. Así la Comisión Nacional del Servicio Civil al expedir el Acuerdo 40 de 2009 no podía incluir como norma del concurso el artículo 5 del Decreto No. 2277 de 1979, pues este artículo ya había perdido su vigencia.

Así las cosas, se negará la solicitud de nulidad del artículo 6 del Acuerdo 40 de 2009.

En tercer lugar, se estudiará la petición de nulidad de los artículos 13 y 15 del acto enjuiciado, los cuales en criterio del actor debieron incluir a los bachilleres pedagógicos, peritos o expertos, técnicos o tecnólogos en educación, para participar en el concurso en los niveles de preescolar y básica primaria, de conformidad con la sentencia C-473 de 2006, que declaró la exequibilidad condicionada del inciso 1° del artículo 116 de la Ley 115 de 1994.

En este punto, se resalta que la Corte en la sentencia C-473 de 2006 al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 116 de la Ley 115 de 1994, quiso proteger los

²¹ *Ídem.*

derechos adquiridos al trabajo y al ejercicio de cargos públicos de los bachilleres pedagógicos con título e inscripción en el Escalafón Nacional Docente de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 2277 de 1979.

Por su parte esta Corporación, en la sentencia 12 de agosto de 2010²² consideró que la exclusión de los bachilleres académicos y asimilados que efectuó la Comisión Nacional del Servicio Civil en la convocatoria docente demandada en esa ocasión (Acuerdo No. 61 de 2009), obedecía al cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 116 de la Ley 115 de 1994, norma que excluyó la validez del título de dichos títulos para concursar en un cargo docente.

Se indicó en la providencia en comento que el legislador al excluir a los bachilleres pedagógicos y asimilados que aspiraban a ingresar a la carrera docente, tenía por objeto aumentar paulatinamente los estándares de preparación académica de los docentes. Igualmente se expuso que aunque la norma que habilitaba a los bachilleres pedagógicos (Decreto Ley 1277 de 1979) para ejercer la docencia oficial fue derogada, permanece incólume el respeto de los derechos adquiridos de los bachilleres pedagógicos inscritos y escalafonados bajo dicho decreto, a permanecer en el ejercicio de sus cargos y en el escalafón docente.

Así en suma, se tiene que en armonía con lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-473 de 2006 y en la sentencia anteriormente citada de esta Subsección, en un caso de análogas circunstancias, es claro que los bachilleres pedagógicos cuyos derechos adquiridos se protegen, son los escalafonados en el servicio docente bajo el amparo del Decreto 2277 de 1979, de modo que la citada protección no es extensiva a los *bachilleres pedagógicos* que con posterioridad quieran participar en los concursos de acceso a la carrera docente, pues la Ley 115 de 1994 no los habilitó para este efecto.

En este orden de ideas, la protección de los derechos adquiridos de los bachilleres pedagógicos escalafonados bajo el Decreto 2277 de 1979, sentido en el cual se pronunció la Corte al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 116 de la Ley 115 de 1994, no vicia de nulidad la disposiciones reglamentarias demandadas que excluyeron de la

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 12 de agosto de 2010, expediente con radicado No. 11001-03-25-000-2009-00078-00, número interno 1092-2009.

convocatoria docente a los bachilleres pedagógicos, pues la Comisión en el ejercicio de su potestad reglamentaria debe actuar dentro los límites impuestos por la ley, en este caso, la 115 de 1994.

Así, es claro para la Sala, que la exclusión del servicio docente estatal de los bachilleres pedagógicos que no estaban escalafonados, esto es que no tenían derechos adquiridos, sino la mera expectativa de ingresar a la carrera docente, es una determinación del legislador cuya constitucionalidad fue avalada por la Corte Constitucional.

De manera que la omisión endilgada a la Comisión Nacional del Servicio Civil al expedir las normas demandadas, se encuentra justificada en la ley y la Constitución Política.

Así, se precisa que aunque el título de bachiller pedagógico y otros equiparables que el actor indica en al cargo, bajo el Decreto 2277 de 1979 eran aptos para ingresar al servicio docente²³, dicha situación cambio en vigencia de la Ley 115 de 1994, cuyo propósito fue aumentar las exigencias para el ingreso a la carrera docente; de modo que bajo la interpretación que efectúa el demandante de las normas invocadas como violadas, no tendría un efecto útil el artículo 116 de la Ley 115 de 1994, pues no podría aplicarse. Afirmación que desconoce justamente que la Corte Constitucional lo declaró exequible de manera condicionada, esto es ajustado al orden jurídico, sin perjuicio del respeto de los derechos adquiridos de los docentes escalafonados bajo el Decreto 2277 de 1979.

Ahora bien, en lo relativo a los tecnólogos en educación, se observa que no asiste la razón al actor al afirmar que el artículo 15 del Acuerdo demandado los excluyó de participar en la convocatoria docente, pues dicha norma indica expresamente:

“ARTÍCULO 15°. REQUISITOS MÍNIMOS PARA LOS EMPLEOS DOCENTES. Para inscribirse en el presente concurso de méritos para empleos de docentes, el aspirante debe tener como mínimo el título de normalista superior de una escuela normal debidamente transformada y acreditada por el Ministerio de Educación Nacional, tecnólogo en educación, licenciado o postgrado en educación o profesional con título diferente al de licenciado (...)”. (Subrayado fuera de texto)

23 Norma transcrita en el marco normativo y jurisprudencia de los bachilleres pedagógicos.

En este orden de ideas, determina la Sala que los vicios de nulidad que se formulan en la demanda contra los artículos 13 y 15 del Acuerdo 40 de 2009 no se acreditaron en el presente proceso, motivo por el cual no se accederá a la petición de nulidad.

DECISIÓN

En este orden de ideas, respecto del inciso 3° del artículo 20 del Acuerdo No. 40 del 25 de marzo de 2009 modificado por el Acuerdo 93 de 2009, la Sala declarará de oficio la excepción de inepta demanda y se inhibe para pronunciarse.

Por otra parte, respecto de los artículos 6, 13 y 15 del referido acuerdo, se establece que la parte actora no desvirtuó su presunción de legalidad, por lo que no se accede a la solicitud de nulidad.

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 y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- SE DECLARA de oficio la excepción de inepta demanda, respecto de la solicitud de nulidad contra el inciso 3° del artículo 20 del Acuerdo No. 40 del 25 de marzo de 2009 modificado por el Acuerdo 93 de 2009, en consecuencia la Sala se inhibe para pronunciarse respecto de la legalidad de esta norma.

SEGUNDO.- SE NIEGA la solicitud de nulidad, presentada por el señor Rigoberto Bazán Orobio contra los artículos 6, 13 y 15 del Acuerdo No. 40 del 25 de marzo de 2009 modificado por el Acuerdo 93 de 2009 *“Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de docentes y directivos docentes de instituciones educativas oficiales del Departamento del Cauca – Convocatoria No. 068 de 2009”*, proferido

por la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN (E)

Ausente con permiso

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ