

PRONUNCIAMIENTO DE FONDO RESPECTO DE LA LEGALIDAD DE DISPOSICIONES SUBROGADAS

La presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos solo puede ser desvirtuada por el juez competente, por lo que, la derogatoria, el decaimiento o pérdida de ejecutoriedad no conlleva implícito el juicio de su validez. Así, la subrogación de la disposición demandada, al ser una figura análoga a la derogación (porque conlleva la pérdida de los efectos hacia el futuro de la norma), no impide que el juez de lo contencioso administrativo efectúe el juicio de legalidad sobre ella.

POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO NACIONAL Y RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y AL TRABAJO

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación Nacional, excedió el ejercicio de su potestad reglamentaria al disponer en el inciso cuarto del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1075 de 2015, una exigencia de experiencia específica de mínimo dos años en manejo de personal, finanzas o planeación, exclusivamente para los aspirantes al concurso de docentes y directivos docentes, con títulos profesionales diferentes al de licenciado en educación, pues con ello se configuró un desconocimiento de los derechos fundamentales de estas personas a la igualdad (art. 13 CP) y al trabajo (art. 25 CP), este último en estrecha conexidad con el derecho de acceso a los cargos públicos consagrado en el artículo 40 de la Constitución.

FUENTE FORMAL: CP – ARTÍCULO 13 / CP – ARTÍCULO 25 / DECRETO 1075 DE 2015 - ARTÍCULO 2.4.1.1.7

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., marzo veintiséis (26) de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-25-000-2016-01159-00(5211-16)

Actor: FRANCISCO JAVIER GIRALDO GÓMEZ

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Referencia: JUICIO DE LEGALIDAD DE REGLAMENTOS SUBROGADOS. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD. SE DECLARA LA NULIDAD DEL INCISO CUARTO DEL ARTÍCULO 2.4.1.1.7 DEL DECRETO 1075 DE 2015, VIGENTE ANTES DE SU SUBROGACIÓN DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 915 DEL 1 DE JUNIO DE 2016.

I. ASUNTO

La Sala dicta la sentencia que en derecho corresponda en el proceso judicial tramitado en virtud del medio de control de nulidad simple de que trata el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), ejercido por el señor Francisco Javier Giraldo Gómez en contra de la Nación, Ministerio de Educación Nacional.

II. DEMANDA¹

El señor Francisco Javier Giraldo Gómez solicitó la nulidad del cuarto inciso del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1075 de 2015, «por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación». El artículo en su integridad disponía²:

«Artículo 2.4.1.1.7. 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 3 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.

El aspirante a ocupar un cargo de directivo docente, vinculado en propiedad como servidor público docente o directivo docente antes del 1 de enero de 2002 y en carrera docente de conformidad con el artículo 27 del Decreto–ley 2277 de 1979, deberá acreditar los requisitos establecidos en los artículos 33 y 34 de este mismo Decreto–ley, en el artículo 2.4.2.1.1.2.1. y en el artículos 128 de la Ley 115 de 1994, según el caso.

La experiencia exigida como requisito para desempeñar cargos de directivos docentes a los servidores públicos que se rigen por el Decreto–ley 2277 de 1979, puede ser como docente o directivo docente, en propiedad, en asignación de funciones o en encargo. Esta experiencia deberá ser debidamente certificada.

De conformidad con lo establecido en el artículo 10 del Decreto–ley 1278 de 2002, los aspirantes con título profesional diferente al de licenciado en educación, que se rigen por la mencionada norma deberán acreditar en la experiencia exigida como requisito para desempeñar cargos de directivos docentes al menos dos (2) años en cargos cuyas funciones correspondan a manejo de personal, finanzas o planeación.

Los perfiles para los cargos de director rural, coordinador o rector en los establecimientos educativos estatales tendrá en cuenta el dominio y habilidades sobre planeación y visión organizacional, gestión académica, gestión de personal y de recursos, evaluación institucional, seguimiento y control, compromiso institucional, trabajo en equipo, mediación de conflictos, relaciones interpersonales, toma de decisiones y liderazgo. La Comisión Nacional del Servicio Civil expedirá el instructivo con los criterios y lineamientos para la valoración de antecedentes y la entrevista.

¹ Folios 1-6 del cuaderno principal.

² Este artículo estaba incluido en el Capítulo 1, Título 1, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 y fue subrogado de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 915 del 1 de junio de 2016 «por el cual se reglamenta el Decreto ley 1278 de 2002 en materia de concursos de ingreso al sistema especial de carrera docente, se subroga un capítulo y se modifican otras disposiciones del Decreto número 1075 de 2015 - Único Reglamentario del Sector Educación».

Parágrafo 1°. La convocatoria establecerá la afinidad entre los títulos de los profesionales no licenciados en educación y los énfasis de las licenciaturas con los niveles, ciclos y áreas del conocimiento en las que los aspirantes podrán inscribirse de acuerdo con los criterios definidos por el Ministerio de Educación Nacional.

Parágrafo 2°. Para los efectos previstos en el literal i) del artículo 6° de la Ley 133 de 1994, los aspirantes a un cargo docente en el área de educación religiosa, para acreditar su idoneidad deberán aportar la certificación expedida por la autoridad que corresponda, dentro de la organización de su iglesia o confesión reconocida, a la que asista o enseñe, conforme a sus reglamentos internos». (Negrita fuera de texto).

Los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda se resumen a continuación:

- **Hechos**

Luego de transcribir el contenido de los artículos 116 (modificado por el artículo 1 de la Ley 1297 de 2009) y 118 de la Ley 115 de 1994, y de los artículos 3 y 10 del Decreto Ley 1278 de 2002, el demandante sostuvo que el Gobierno Nacional introdujo, en el inciso cuarto del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto Único Reglamentario 1075 de 2015, una exigencia no prevista en esas normas de superior jerarquía para el acceso de los profesionales con títulos diferentes al de licenciado en educación, mediante concurso, a los cargos de directivos docentes de los establecimientos educativos públicos.

- **Pretensión**

Que se declare la nulidad del cuarto inciso del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1075 de 2015³.

- **Normas violadas y concepto de violación**

En la demanda se invocaron como normas vulneradas los artículos Constitucionales 4, 13, 25 y 150. También los artículos 116 (modificado por el artículo 1 de la Ley 1297 de 2009) y 118 de la Ley 115 de 1994, y los artículos 3 y 10 del Decreto Ley 1278 de 2002.

Como concepto de violación, el demandante señaló que el inciso cuarto del Decreto 1075 de 2015, norma reglamentaria, modificó la ley, por lo que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación, usurpó la competencia del legislador, por cuanto impuso condiciones más gravosas para los profesionales con títulos diferentes al de licenciado en educación, para acceder por concurso a los cargos directivos docentes de las instituciones educativas de carácter público.

³ La otra pretensión que fue incluida en la demanda se desestimó en la audiencia inicial de este proceso, por no ser compatible con el medio de control de nulidad simple. La pretensión era la siguiente: «Que el inciso cuarto del artículo 7 del Decreto Número 3982 de 2006 expedido por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, no se declara nulo, bajo el entendido que dicha norma perdió su existencia jurídica por cuanto fue derogada por el artículo 3.1.1 del Decreto 1075 de 2015 [...]». Folios 52-53 del cuaderno principal.

Según él, con la disposición acusada, el Gobierno le negó la posibilidad de concursar en las Convocatorias 339 a 435 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a todos aquellos profesionales que siendo docentes de establecimientos educativos privados (colegios - universidades), no se habían desempeñado en cargos de dirección, pero que sí eran profesores o catedráticos de tiempo completo, lo que vulneró el derecho a la igualdad de estas personas.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Ministerio de Educación Nacional⁴

A través de apoderada, el Ministerio se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

En primer término, expuso algunas generalidades sobre el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes, transcribió las consideraciones del Decreto 1075 de 2015 y sostuvo que la disposición acusada era legal, ya que fue expedida en el marco de las funciones de seguimiento y control sobre las entidades educativas, a cargo del Ministerio de Educación Nacional.

IV. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

Saneamiento del litigio y decisión de excepciones⁵

El demandante no asistió a la audiencia inicial. En esta, el consejero ponente declaró saneado el proceso hasta esa etapa, por no encontrar ningún vicio que pudiera generar la nulidad de lo actuado o la necesidad de emitir una sentencia inhibitoria. Frente a lo anterior, no se interpusieron recursos y la agente del Ministerio Público no planteó ninguna objeción.

Tampoco prosperó ninguna excepción previa o mixta porque no hubo proposición en este sentido en la contestación de la demanda y el despacho estimó que no se habían configurado. Contra esa decisión tampoco se presentaron recursos.

Fijación del litigio⁶

Como guía metodológica, sin perjuicio de que en esta sentencia se haga referencia a otros problemas jurídicos, o se ajuste su formulación, la fijación del litigio se concretó en los siguientes interrogantes:

- «[...]»
- ¿El artículo 2.4.1.1.7, inciso 4, del Decreto 1075 del 26 de mayo de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Educación, desconoció las normas en que debía fundarse, al imponer a los profesionales con títulos diferentes al de licenciado en educación exigencias mayores a las que contienen normas

⁴ Folios 28-32 *ibidem*.

⁵ Folios 51-52 *ibidem*.

⁶ Folios 52-54 *ibidem*.

superiores tales como los artículos 116 y 118 de la Ley 115 de 1994 y 3 y 10 del Decreto Ley 1278 de 2002?

- ¿El artículo 2.4.1.1.7, inciso 4, del Decreto 1075 del 26 de mayo de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Educación, vulnera el artículo 13 de la Constitución Política al restringir el acceso al trabajo para las personas que se han desempeñado en el sector privado en entidades educativas del sector oficial, con lo cual incurre en la causal de anulación de desconocimiento de normas constitucionales?

El Ministerio Público solicitó que se agregara a los problemas jurídicos que, pese a que la disposición acusada fue subrogada por el artículo 1 del Decreto 915 de 2016, correspondía continuar con el trámite de la demanda con los interrogantes planteados.

La apoderada del Ministerio de Educación señaló que tal y como lo manifestó la procuradora delegada, la norma fue subrogada y los requisitos para participar en el concurso fueron conocidos en sede constitucional a través de la sentencia C-734 de 2003, en la que se estudió la exequibilidad del artículo 116 de la Ley 115 de 1994, y los artículos 3 y 10 del Decreto Ley 1278 de 2002.

El despacho del consejero ponente advirtió que se debía continuar con el trámite del proceso, con las advertencias presentadas por el Ministerio Público y la entidad demandada.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante

No presentó alegatos de conclusión.

Ministerio de Educación Nacional⁷

Además de reiterar sus argumentos iniciales, sostuvo que en el presente caso no debe emitirse un pronunciamiento de fondo, porque la disposición demandada fue subrogada por el Decreto 915 del 1 de junio de 2016.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁸

La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado consideró que se deben negar las pretensiones de la demanda. Sus argumentos fueron los siguientes:

Respecto del primer problema jurídico definido en la audiencia inicial, la agencia del Ministerio Público sostuvo que al expedir la disposición acusada, el Gobierno Nacional actuó dentro del ámbito de su competencia reglamentaria, ya que el artículo 10 del Decreto Ley 1278 de 2002, en su parágrafo, lo habilitó para

⁷ Folios 65-68 *ibidem*.

⁸ Folios 59-64 *ibidem*.

establecer los perfiles para cada uno de los cargos directivos y el tipo de experiencia profesional que debe ser tomada en cuenta para los concursos.

En ese sentido, indicó que el decreto ley mencionado fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-734 de 2003, en la que se declaró exequible, entre otros, el artículo 10 de dicha norma, bajo el argumento de que el legislador extraordinario, autorizado por el artículo 111 de la Ley 715 de 2001, definió directamente los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes a la carrera docente, al tiempo que fijó los parámetros generales dentro de los que el Gobierno ha de ejercer su potestad reglamentaria.

En lo relacionado con el segundo problema jurídico, la procuradora delegada señaló que no se presentó la violación del artículo 13 de la Constitución que consagra el derecho a la igualdad, toda vez que en este asunto no existe la posibilidad de comparar dos normas que permitan establecer un trato diferenciado injustificado con la expedición de la disposición demandada.

Además, aseguró que, a pesar de que el inciso cuestionado fue subrogado por el Decreto 915 de 2016, no puede considerarse que el Gobierno Nacional hubiese restringido con esa norma el libre movimiento de los docentes entre el sector privado y el público, porque para acceder a un cargo directivo es necesario un concurso de méritos, en el que se debe acreditar el cumplimiento de los requisitos de conocimiento, experiencia e idoneidad para ocupar esa clase de empleos.

VII. CONSIDERACIONES

Cuestión previa. Pronunciamiento de fondo respecto de la disposición demandada, que fue subrogada por el artículo 1 del Decreto 915 del 1 de junio de 2016

Como bien lo manifestó el Ministerio Público y la entidad demandada, el inciso 4 del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1075 de 2015, fue subrogado de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 915 del 1 de junio de 2016 «por el cual se reglamenta el Decreto ley 1278 de 2002 en materia de concursos de ingreso al sistema especial de carrera docente, se subroga un capítulo y se modifican otras disposiciones del Decreto número 1075 de 2015 - Único Reglamentario del Sector Educación»; de tal manera, a la fecha, los requisitos para acceder por concurso a los cargos de directivos docentes ya no son los que menciona el demandante⁹.

⁹ La nueva redacción del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1075 de 2015, subrogado por el artículo 1 del Decreto 915 de 2016 es la siguiente: «Requisitos para participar en el concurso. Podrán inscribirse en el concurso de docentes y directivos docentes, los ciudadanos colombianos que reúnan los requisitos señalados en el artículo 116 de la Ley 115 de 1994 y los artículos 3º y 10 del Decreto Ley 1278 de 2002, así como en el Manual de Requisitos, Competencias y Funciones de que de que trata el artículo 2.4.6.3.8 de este decreto.

Parágrafo. Para acceder a los cargos docentes en el área de educación religiosa, las certificaciones exigidas de conformidad con el literal i) del artículo 6º de la Ley 133 de 1994 no sustituyen los títulos que habilitan el ejercicio de la docencia».

No obstante lo anterior, ello no es óbice para que la Sala emita un pronunciamiento al respecto, pues la jurisprudencia de esta Corporación ha aceptado que el desaparecimiento de las normas del ordenamiento jurídico como consecuencia de su derogatoria expresa o tácita no impide que sean objeto de control jurisdiccional, en la medida en que, como pudieron haber producido efectos, se requiere determinar si durante el período de su existencia estuvieron ajustadas a la legalidad.

Sobre este punto es necesario precisar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del 14 de enero de 1991, fijó el criterio jurisprudencial según el cual es posible el control jurisdiccional de los actos administrativos derogados o que perdieron su ejecutoriedad así¹⁰:

«[L]a derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho [...]».

Recientemente, la Sección Segunda reiteró esta posición en sentencia de 7 diciembre de 2016 en los siguientes términos¹¹:

«[L]a Corporación ha sostenido mayoritariamente, que la circunstancia que el acto administrativo demandado haya sido derogado o hubiere operado la figura del decaimiento, no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que tanto la derogatoria como el decaimiento sólo opera hacia el futuro y no afecta su validez. Además, pueda que sus disposiciones se encuentren produciendo efectos, aun después de su derogatoria o decaimiento, haciéndose viable el estudio de su legalidad.

Entonces, pese a ocurrir la derogatoria o el decaimiento del acto administrativo enjuiciado, hay lugar a estudiar de fondo el asunto, puesto que: i) pueda que el acto administrativo haya producido efectos y que los mismos aún estén surtiéndose; y ii) la ocurrencia del decaimiento no afecta la presunción de legalidad del acto y su control debe hacerse frente a las circunstancias de hecho y de derecho vigentes al momento de su expedición.

Visto desde otra óptica, la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez competente, por lo que, la derogatoria, el decaimiento o pérdida de ejecutoriedad no conlleva implícito el juicio de validez de los mismos [...]».

En tales condiciones, la subrogación de la disposición demandada, al ser una figura análoga a la derogación (porque conlleva la pérdida de los efectos hacia el futuro de la norma), no impide que la Sala efectúe el juicio de legalidad sobre ella.

Problema jurídico

¹⁰ CE, S. Plena, Sent., rad. S-157, ene. 14/1991.

¹¹ CE, Sec. Segunda (S. Plena), Sent., rad. 11001032500020120057100 (2139-2012).

La Sala considera que los problemas jurídicos enunciados en la fijación del litigio de la audiencia inicial deben ser reformulados para que se conjuguen en uno solo, de la siguiente manera:

¿El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación, desbordó su potestad reglamentaria al disponer en el inciso cuarto del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1075 de 2015, que los aspirantes al concurso de docentes y directivos docentes, con títulos profesionales diferentes al de licenciado en educación debían cumplir con exigencias mayores a las definidas en los artículos 116 (modificado por el artículo 1 de la Ley 1297 de 2009) y 118 de la Ley 115 de 1994, y los artículos 3 y 10 del Decreto Ley 1278 de 2002, configurándose con ello un desconocimiento de los derechos fundamentales de estas personas a la igualdad y al trabajo consagrados en los artículos 13 y 25 de la Constitución, respectivamente?

Tesis de la Sala

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación Nacional, excedió el ejercicio de su potestad reglamentaria al disponer en el inciso cuarto del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1075 de 2015, una exigencia de experiencia específica de mínimo dos años en manejo de personal, finanzas o planeación, exclusivamente para los aspirantes al concurso de docentes y directivos docentes, con títulos profesionales diferentes al de licenciado en educación, pues con ello se configuró un desconocimiento de los derechos fundamentales de estas personas a la igualdad (art. 13 CP) y al trabajo (art. 25 CP), este último en estrecha conexidad con el derecho de acceso a los cargos públicos consagrado en el artículo 40 de la Constitución.

Para resolver este problema se abordarán los siguientes temas:

- Condiciones para el ejercicio de la potestad reglamentaria de las autoridades administrativas **(a)**.
- El juicio integrado de igualdad **(b)**.
- Caso concreto **(c)**.

a. Condiciones para el ejercicio de la potestad reglamentaria de las autoridades administrativas

Uno de los rasgos característicos del sistema jurídico colombiano es la organización jerárquica que se le ha otorgado a los diferentes tipos de normas que lo integran, organización que supone la existencia de una estructura escalonada, si se quiere piramidal, en la que cada categoría normativa tiene características propias que influyen directamente en el rango que se les otorga y, por consiguiente, en la relación de subordinación predicable entre unas y otras. Todo ello responde a una teleología particular que no es otra que permitir la construcción sistemática, coherente y racional del ordenamiento jurídico.

El hecho de que esta estructura jerárquica no aparezca definida explícitamente en la Constitución Política no es impedimento para afirmar su existencia, ya que a lo

largo de este cuerpo normativo pueden encontrarse disposiciones que dan cuenta de la primacía o sujeción que se le confiere a cada tipología. Así, por ejemplo, el artículo 4 de la Carta, prevé que «[l]a Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales».

De esta forma, se ha entendido que la Constitución y las normas convencionales que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, que se integren al ordenamiento jurídico nacional¹², ocupan el nivel más alto dentro de este, seguidas en orden por las leyes que debe expedir el Congreso con sujeción a aquellas y por los actos administrativos de carácter general o reglamentos, los que de acuerdo con la categoría en la que puedan clasificarse deberán obedecer a la Constitución y a la ley o, en algunos casos, solo a la primera¹³.

Dicha estratificación normativa se convierte en un criterio de validez que ha sido explicado en los siguientes términos por la Corte Constitucional¹⁴:

«La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico [...]».

Establecido lo anterior, resulta claro que las facultades de producción normativa de la administración tienen un límite incuestionable en el contenido de las normas respecto de las cuales pueda predicarse una superioridad jerárquica, asunto que se definirá atendiendo a la tipología del reglamento.

Así, tratándose de los reglamentos (i) expedidos por el presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 189-11 superior; de los (ii) reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y de los (iii) reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas en asuntos especializados de su competencia, se ha dicho que su propósito es complementar la ley en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación cuando se requiera, por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella. En ese orden de ideas, si lo que se busca es

¹² CP, art. 93.

¹³ En el caso de los llamados reglamentos «constitucionales autónomos» debido a que es la propia Constitución la que directamente atribuye la competencia o potestad regulatoria, no puede predicarse algún tipo de sujeción a la ley. Por ello se ha sostenido que la relación entre dichos actos administrativos y la ley, en lugar de estar sometida a una jerarquía, se caracteriza por un criterio de distribución de competencias normativas que ha efectuado la propia carta política. Por su parte, en el caso de los decretos que reglamentan una ley marco, se predicará subordinación entre estos y la ley que desarrollan, pero no respecto de las demás leyes, con las cuales existirá una relación horizontal en la escala jerárquica.

¹⁴ C.Const., Sent. C-037, ene. 26/2000.

permitir la ejecución de la ley, esta facultad no apareja la interpretación, modificación, limitación o ampliación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene¹⁵.

Ahora bien, en relación con los límites a la potestad reglamentaria de la administración, la Sección Tercera Consejo de Estado¹⁶ ha precisado que esta desarrolla las reglas y principios fijados en sus normas superiores y las completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero en ningún caso las puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance. En este sentido, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la Constitución y la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por estas normas, menor será el que corresponde al reglamento.

Así pues, para el ejercicio de la atribución de producción normativa, la administración debe limitarse a desarrollar las disposiciones respecto de las cuales sea posible predicar una relación de jerarquía, en algunos casos será la Constitución, en otros también la ley e incluso algunos preceptos reglamentarios. De esta forma, cuando sea viable establecer esa subordinación normativa, el reglamento no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones superiores, ampliar o restringir el sentido de estas, como tampoco puede suprimirlas o cambiarlas ni reglamentar materias que estén reservadas a ellas, pues en tales eventos excedería sus competencias.

De acuerdo con lo precedente, es importante señalar que a pesar de que en la acción de nulidad simple se ejerce el control de legalidad de la norma reglamentaria, también es cierto que, de encontrar que el reglamento no se ajusta a los preceptos constitucionales, habrá de declararse su nulidad, habida cuenta de que el ejercicio de la potestad reglamentaria no solo está atado a la ley que desarrolla, sino también, a los postulados superiores contenidos en la Constitución Política¹⁷, así como a los fines del Estado Social de Derecho¹⁸, a los cuales no puede ser ajeno en el desarrollo de sus funciones.

b. El juicio integrado de igualdad

En aquellos casos en los que se pone en juicio la garantía del derecho a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto la aplicación de una herramienta denominada «juicio integrado de igualdad»¹⁹, que se agota en las siguientes etapas²⁰:

¹⁵ Cfr. CE., Sec. Segunda (S. Plena), Sent., rad. 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05), oct. 21/2010.

¹⁶ Cfr. CE., Sec. Tercera, Sent., rad. 11001-03-26-000-2003-00014-01 (24715), dic. 3/2007.

¹⁷ CP, art. 6.

¹⁸ CP, art. 2.

¹⁹ Sobre el test de igualdad, entre otras, ver: C. Const., Sents. C-093, ene. 31/2001; C-250, mar. 28/2012 y C-015, ene. 23/2014.

²⁰ C. Const., Sent. C-015, ene. 23/2014.

«[...] (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución [...]».

De acuerdo con lo anterior, para resolver este problema jurídico, se procederá a hacer uso de dicho método.

c. Caso concreto

En el presente asunto, la Sala considera que, tal y como lo indicó la procuradora segunda delegada en el concepto que rindió en este proceso, el párrafo del artículo 10 del Decreto Ley 1278 de 2002²¹ le otorgó la competencia al Gobierno Nacional para definir los perfiles de cada uno de los cargos directivos docentes (director de educación preescolar y básica primaria rural, coordinador y rector de institución educativa con educación preescolar y básica completa y/o educación media), a efectos de determinar las reglas de participación de quienes estuvieran interesados en acceder a ellos en los concursos de méritos.

Así, lo señalado en el inciso cuarto del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1075 de 2015²², sobre la exigencia a los aspirantes con título profesional diferente al de licenciado en educación regidos por el mencionado decreto ley, que debieron acreditar en la experiencia exigida como requisito para desempeñar cargos de directivos docentes, al menos dos años en empleos cuyas funciones correspondan a manejo de personal, finanzas o planeación, se encontraba en el marco de la competencia que habilitó el legislador extraordinario para el Gobierno Nacional en este tema.

Ahora bien, la existencia de dicha competencia no obsta para que pueda configurarse una nulidad por extralimitación en el ejercicio de la facultad reglamentaria, como se da en este caso, en el que es posible observar que el

²¹ DL, art. 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 tenida en cuenta para estos concursos». (Negrita fuera de texto).

²² D 1075/2015, art. 2.4.1.1.7, inc. 4: «[...] De conformidad con lo establecido en el artículo 10 del Decreto-ley 1278 de 2002, los aspirantes con título profesional diferente al de licenciado en educación, que se rigen por la mencionada norma deberán acreditar en la experiencia exigida como requisito para desempeñar cargos de directivos docentes al menos dos (2) años en cargos cuyas funciones correspondan a manejo de personal, finanzas o planeación [...]».

Gobierno Nacional hizo uso de ella desconociendo preceptos de superior jerarquía a los que debía someterse.

Con esto presente, se recuerda que el demandante alegó que la disposición acusada está viciada de nulidad porque con ella se violaron los artículos 13 y 25 de la Constitución, al imponer exigencias diferenciadas que limitaban el derecho al trabajo de los aspirantes al concurso de docentes y directivos docentes que contaran con un título profesional diferente al de licenciado en educación. Lo anterior, a pesar de que los artículos 116 (modificado por el artículo 1 de la Ley 1297 de 2009) y 118 de la Ley 115 de 1994, y 3 y 10 del Decreto Ley 1278 de 2002, no consagran ningún criterio de trato desigual en ese sentido.

La Sala encuentra que, en efecto, le asiste razón al demandante, pues al estudiar el contenido de los artículos 116 (modificado por el artículo 1 de la Ley 1297 de 2009) y 118 de la Ley 115 de 1994²³, y 3 y 10 del Decreto Ley 1278 de 2002, se observa que ni el legislador ordinario ni el extraordinario previeron un criterio para brindar un trato dispar a aquéllos profesionales con títulos diferentes al de licenciado en educación, en lo relativo a las condiciones de acceso mediante concurso a cargos de directivos docentes.

En lo pertinente, las referidas normas disponen:



Ley 115 de 1994

«ARTÍCULO 116. Título exigido para ejercicio de la docencia. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1297 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:>

<Inciso condicionalmente exequible>²⁴ 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

²³ «Por la cual se expide la ley general de educación».

²⁴ Este inciso fue declarado condicionalmente exequible por los cargos examinados en sentencia C-497 del 14 de septiembre de 2016, «[...] 'en 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 ejercer la docencia en planteles oficiales de educación en las condiciones previstas en el mismo decreto y con el cumplimiento de los requisitos de idoneidad previstos en la Ley 115 de 1994 y sus normas complementarias [...]».

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.

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». (Negrita fuera de texto).

«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.

PARAGRAFO. El personal actualmente vinculado en las anteriores condiciones, tiene derecho a que se le respete la estabilidad laboral y a incorporarse al Escalafón Nacional Docente, siempre y cuando llene los requisitos indicados en este artículo».

Decreto Ley 1278 de 2002

«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 tenida en cuenta para estos concursos». (Negrita fuera de texto).

De esta manera el Gobierno Nacional, en ejercicio de su competencia para establecer el tipo de experiencia profesional para participar en los concursos de acceso a los cargos de directivos docentes, no podía circunscribirla a determinado campo (manejo de personal, finanzas o planeación) exclusivamente para los profesionales con título diferente al de licenciado en educación, sin exponer razonadamente la adecuación y correspondencia para ese trato diferenciado.

En este punto, es importante advertir que **el Ministerio de Educación Nacional no ofreció ninguna explicación en ese sentido, en aras de exponer criterios de razonabilidad y proporcionalidad entre la clase de experiencia exigida solo a los aspirantes al concurso con título profesional diferente al de licenciado en educación y su pertinencia, necesidad y adecuación al cargo de directivo docente, lo que comporta una restricción injustificada para que estas personas puedan ocupar dichos empleos.**

Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática al destacar el carácter pluralista de la educación en la Constitución y, con base en ello, la importancia de que profesionales de diferentes disciplinas colaboren en la prestación del servicio educativo. Por ello, este tipo de restricciones deben ser objeto de un control riguroso, en la medida en que están de por medio valores fundantes del Estado Social de Derecho como la democracia y el pluralismo, al igual que los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 13 superior) y al trabajo (artículo 25 *ibidem*). Este último que se encuentra estrechamente conectado con el derecho al acceso a cargos públicos (artículo 40-7 *eiusdem*), en una relación de medio a fin.

Así, el máximo juez constitucional ha señalado lo siguiente sobre el desconocimiento de valores como la pluralidad y diversidad a través de la consagración de barreras en el ejercicio docente según el enfoque académico de quienes están llamados a ejercerlo²⁵:

«[...] Dentro del sistema mixto –público y privado- del servicio educativo, le cabe cumplir un destacado papel al pluralismo. El pluralismo y la libertad educativa deben, sin embargo, como condición especial de fondo, respetar y promover al máximo valores fundamentales que se erigen en el objeto del proceso educativo: la democracia y el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana.

6. Dada pues, su contribución fundamentadora a la estructura social, la educación goza de especial interés por parte del Estado y de todos los miembros de la comunidad, y no podría ser de otra manera [...] **estima la Corte, que en el cumplimiento de los deseados propósitos de profesionalización, que deben acompañar el ejercicio de la docencia, no es posible crear limitaciones y exclusividades que impidan la labor de enseñanza a profesionales de diversos formación e intereses, que al igual que los licenciados en educación, cuentan con preparación académica suficiente y experiencia docente comprobada [...] Crear fórmulas que privilegien de manera irrazonable el acceso de ciertos profesionales a determinados niveles de la carrera docente, contraría los conceptos de pluralidad y diversidad que la Constitución reconoce y garantiza a todos sus asociados [...]**». (Negrita fuera de texto).

²⁵ C. Const., Sent. C-507, oct. 9/1997.

De igual manera podría señalarse que el tipo de limitante analizada pone en entredicho el derecho a la igualdad, por lo que resulta pertinente dar aplicación al denominado «juicio integrado de igualdad» que, de acuerdo con lo visto anteriormente, tiene una primera fase en la que debe analizarse el carácter relacional del derecho a la igualdad. En otras palabras, ha de realizarse un ejercicio comparativo, a efectos de definir, según el nivel de discrepancia o semejanza, si las cuestiones objeto de análisis son comparables entre sí, es decir, si existe un *tertium comparationis*.

Así pues, se hace necesario sostener que la controversia en cuestión involucra supuestos de hecho susceptibles de comparación ya que en uno y otro caso se trata de profesionales no licenciados que aspiran al ejercicio de la carrera docente en un cargo de naturaleza directiva.

Este ejercicio es importante, porque de acuerdo con lo que se concluya en él, debe seguirse uno de los siguientes cuatro mandatos²⁶:

«[...] (i) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras [...]».

Ahora bien, en un segundo momento, hay que tener en cuenta que desde la norma y, por consiguiente, en el plano de los hechos, se establece un trato disímil, pues a los aspirantes al concurso para acceder al cargo de directivo docente, con título profesional de licenciado en educación, no se les exigía experiencia en áreas específicas, mientras que a los que tuvieran un título diferente se les pedía acreditar una experiencia de al menos dos años en manejo de personal, finanzas o planeación.

Definida como está la diferencia de trato entre las situaciones analizadas, resulta procedente establecer si la distinción se encuentra justificada a nivel constitucional, lo que implica identificar i) el fin que busca la medida; ii) el medio empleado para tales efectos y iii) la relación entre medio y fin. A este ejercicio se le ha denominado test de igualdad y la Corte Constitucional ha establecido que su aplicación admite una intensidad estricta, intermedia y leve de conformidad con los criterios que ha precisado de la siguiente manera²⁷:

«[L]a regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un **test leve**, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero [...].

El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un

²⁶ C. Const., Sent. C-015, ene. 23/2014.

²⁷ *Ibidem*.

órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad anterior a la vigencia de la Carta de 1991 derogada pero que surte efectos en el presente, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.

Para aplicar un **test estricto**, que es la primera y más significativa excepción a la regla, este tribunal ha considerado que es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de discriminación en el artículo 13 de la Constitución; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; **o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental**; o que se constituya un privilegio.

El test estricto es el más exigente, pues busca establecer que, si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

Entre los extremos del test leve y del test estricto está el **test intermedio**, que se aplica por este tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental o cuando hay un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia. Este test busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin [...]. (Negrita fuera del texto).

En el presente caso resulta preciso aplicar un test estricto, toda vez que lo que está en juego es la realización de valores transversales al Estado Social de Derecho como el pluralismo y, con ello, la democracia; además de derechos constitucionales de naturaleza fundamental como lo son la igualdad y el trabajo, que, como se vio, se encuentra estrechamente conectado con el derecho al acceso a cargos públicos. Respecto de este último, hay que precisar que se encuentra consagrado en el artículo 40 superior, numeral 7, en los siguientes términos:

«ARTICULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: [...]

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse [...].».

De acuerdo con ello, se ha entendido que el derecho en cuestión se materializa en la garantía que le asiste a todo ciudadano de, una vez cumplidos los requisitos previstos en una determinada convocatoria pública, presentarse a concursar, pero también, cuando ya se está ocupando un cargo de esta naturaleza, en la garantía de no ser removido arbitrariamente ni impedir el normal desempeño de su contenido funcional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha destacado la categoría de derecho fundamental que reviste el de acceso a cargos públicos en la medida en que, al promover la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político,

permite lograr la efectividad de la democracia participativa. Sobre el alcance de aquel, dicha Corporación ha señalado lo siguiente²⁸:

«[D]entro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público [...]».

Así las cosas, es preciso entender que el derecho de acceso a cargos públicos se ve indebidamente restringido cuando se condiciona la posibilidad de aplicar al desempeño de un determinado empleo público al cumplimiento de requisitos que carecen de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las funciones atribuidas al mismo.

Visto lo anterior, de acuerdo con las reglas fijadas por el máximo juez constitucional, en el presente caso hay lugar a un test de proporcionalidad²⁹ en todas sus etapas, de manera que debe estudiarse la satisfacción de los mandatos de (i) adecuación, idoneidad o congruencia; (ii) necesidad, intervención mínima o menor lesividad y; (iii) proporcionalidad en sentido estricto.

El primero de tales mandatos supone que la medida sea útil a efectos de lograr, al menos parcialmente, el fin que se propone. Para tales efectos, deben tenerse como presupuestos lógicos i) que aquella sea realizable fáctica y jurídicamente, como también ii) que el fin y los medios sean constitucionalmente legítimos.

Así, la teleología a la que responde la consagración de una experiencia laboral específica exclusivamente para los aspirantes al concurso con título profesional diferente al de licenciado en educación, como requisito para el desempeño de empleos directivos docentes, en teoría, es la de velar por la idoneidad de quienes han de liderar la prestación del servicio educativo, al igual que cumplir el mandato constitucional previsto en el artículo 68 superior consistente en profesionalizar y dignificar la actividad docente, lo que a su vez redundaría en la garantía del derecho a la educación de que trata el artículo 67 *ibidem*. Esto enseña que tanto el fin como el medio son legítimos.

Superado el anterior *item*, procede continuar con el estudio del mandato de intervención mínima, a través del cual se pretende la exclusión de aquellas medidas que son innecesarias, de manera tal que la que es objeto de estudio aparezca como indispensable en razón a que no existe otra medida tan eficaz y

²⁸ C. Const., Sent. SU-339, may. 4/2011.

²⁹ En el CPACA, el principio de proporcionalidad se encuentra consagrado el artículo 44, que dispone que «[...] En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa».

menos limitativa. Los elementos que componen este test, son explicados con gran claridad desde la doctrina por Aharon Barak, quien señala que³⁰:

«[...] El primero es la existencia de un medio hipotético alternativo que pueda promover el fin de la medida restrictiva tanto como o mejor que el medio usado por la medida restrictiva; el segundo es que el medio hipotético alternativo restrinja el derecho fundamental en una magnitud menor que el medio usado por la ley restrictiva; el segundo es que el medio hipotético alternativo restrinja el derecho fundamental en una magnitud menor que el medio usado por la ley restrictiva. Si estos dos requisitos son satisfechos, podemos concluir que la medida restrictiva no es necesaria. No obstante, si un medio hipotético alternativo que promueve igualmente el fin de la medida no existe o si este medio alternativo existe, pero su restricción al derecho fundamental no es menor que aquella causada por la medida restrictiva, entonces podemos concluir que la medida restrictiva sí es necesaria [...]».

Ahora bien, para que una alternativa hipotética pueda tenerse como tal se exige que esta promueva el fin en la misma proporción e intensidad en que lo hace la medida restrictiva, motivo por el cual la Sala advierte que el requisito de acreditar una experiencia específica de mínimo dos años en manejo de personal, finanzas o planeación, exclusivamente para aspirantes al concurso de directivos docentes con título profesional diferente al de licenciado en educación, no cumple con el test de necesidad. Esto porque el ordenamiento jurídico consagra otros mecanismos que, sin afectar el pluralismo ni los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos, permiten asegurar la calidad en la prestación del servicio educativo y dignificar la profesión docente.

Así pues, aunque es cierto que no cualquier docente tiene la vocación de ejercer un cargo de naturaleza directiva y que ello justifica la consagración de un perfil distintivo entre uno y otro tipo de empleo, no es menos cierto que el cumplimiento de los requisitos para ejercer como directivo no solo se garantiza con la acreditación de una experiencia específica sino a través del sistema de concurso público de méritos que contempla el artículo 105 de la Ley 115 de 1994, el cual asegura el mérito como fin esencial de la carrera docente.

Dicho proceso de selección establece una serie de etapas a través de las cuales es factible asegurar que quien ocupe un cargo directivo docente, al margen de su experiencia específica, reúne las competencias y aptitudes requeridas para el adecuado desempeño del empleo.

Visto lo anterior, es importante señalar que el Ministerio tiene la competencia para definir los requisitos mínimos de habilidad que han de cumplir quienes se postulan a un determinado empleo y que estos resultan esenciales para garantizar la calidad en la prestación del servicio educativo. Sin embargo, en el caso objeto de estudio, la delimitación de la experiencia específica solo para los aspirantes a los concursos, con título profesional diferente al de licenciado en educación, se traduce en una restricción desproporcionada en la medida en que no asegura la concurrencia de una mayor cantidad de profesionales interesados en desempeñarse como directivos docentes y restringe la posibilidad de ocupar un

³⁰ Aharon Barak, *Proporcionalidad: Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra editores, 2017, p. 357.

empleo público sin que ello redunde necesariamente en la medición adecuada y confiable del mérito, propósito que puede cumplirse a cabalidad con la realización del respectivo proceso de selección.

En conclusión: El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación Nacional, excedió el ejercicio de su potestad reglamentaria al disponer en el inciso cuarto del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1075 de 2015, una exigencia de experiencia específica de mínimo dos años en manejo de personal, finanzas o planeación, exclusivamente para los aspirantes al concurso de docentes y directivos docentes, con títulos profesionales diferentes al de licenciado en educación, pues con ello se configuró un desconocimiento de los derechos fundamentales de estas personas a la igualdad (art. 13 CP) y al trabajo (art. 25 CP), este último en estrecha conexidad con el derecho de acceso a los cargos públicos consagrado en el artículo 40 de la Constitución.

VIII. DECISIÓN

Por las anteriores consideraciones se accederá a la pretensión de nulidad del texto del inciso cuarto del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1075 de 2015, vigente antes de la subrogación que de tal norma efectuara el artículo 1 del Decreto 915 del 1 de junio de 2016, contenida en la demanda presentada por el señor Francisco Javier Giraldo Gómez en contra de la Nación, Ministerio de Educación Nacional.

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

FALLA

Primero: Declárese la nulidad del inciso cuarto del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1075 de 2015, vigente antes de la subrogación que de tal norma efectuara el artículo 1 del Decreto 915 del 1 de junio de 2016, contenida en la demanda presentada por el señor Francisco Javier Giraldo Gómez en contra de la Nación, Ministerio de Educación Nacional.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

