



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de 2006

Radicación No. 1.721

Referencia: Ley orgánica 715 del 2001 y Ley 790 del 2002.

Reglamentación para cumplir mandato de traspaso de establecimientos públicos educativos de la Nación a las entidades territoriales.

La señora Ministra de Educación Nacional, Dra. Cecilia María Vélez White, eleva consulta a esta Sala, en orden a precisar el fundamento para desarrollar y expedir la reglamentación requerida para finalizar el proceso de descentralización de los establecimientos educativos nacionales que funcionan con recursos del presupuesto general de la Nación, según el mandato de las leyes 715 del 2001 y 790 del 2002, teniendo en cuenta los siguientes antecedentes:

1. La ley 715 del 2001, “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto legislativo 01 del 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”, ordenó en el párrafo 3º del artículo 9º, el traspaso a las entidades territoriales de los establecimientos públicos educativos nacionales que funcionan con recursos del presupuesto nacional.
2. La ley 790 del 2002, “por la cual expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”, dispuso en el artículo 20, inciso segundo, que las entidades educativas dependientes del Ministerio de Educación Nacional sean descentralizadas y/o convertidas en entes autónomos. Anota la consulta que sobre esa norma esta Sala en concepto de fecha 7 de abril del 2005 (Radicación 1.633¹) “fijó el alcance del mandato legal contenido en la Ley 790 de 2002 y clarificó la viabilidad para aplicar el procedimiento establecido en la Ley 715 de 2001 para los procesos de traspaso que desarrollen las descentralizaciones de que trata dicha norma”.

¹ Publicación autorizada por el Ministerio de Educación Nacional mediante oficio número 17228 del 20 de abril de 2005.

3. En el precitado concepto, señala la consulta, esta Sala igualmente aclaró que el Gobierno Nacional cuenta con la facultad para fijar por vía de reglamento los pasos para la aplicación de un procedimiento claro para llevar a cabo el traspaso del orden nacional al territorial, de manera que se garantice la continuidad de la personalidad jurídica de los establecimientos públicos educativos que se traspasen, las condiciones de sus servidores públicos docentes y administrativos, sin restringir la autonomía de la entidad territorial y sin interrumpir la continuidad del servicio.
4. La Corte Constitucional en sentencia C-983-05, declaró exequible el parágrafo 3° del artículo 9° de la ley 715 del 2001, al considerar que el traspaso de que allí se trata es un asunto de distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales que a su vez es materia de ley orgánica; la ley 715 del 2001 es una ley orgánica, por lo que la previsión del parágrafo en comento se ajusta a la Constitución Política.
5. Enseguida, la consulta relaciona las entidades educativas organizadas como establecimientos públicos del orden nacional por el Decreto 758 del 26 de abril de 1988, y que serían objeto de las medidas citadas.

Acota la Sala que el decreto en cita fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional por la ley 24 de 1988, atinente al sector educativo, promulgada cuando el servicio público educativo estaba a cargo de la Nación.

Concluye la Sra. Ministra que para efectos del decreto reglamentario, “es necesario verificar que el fundamento del mandato contenido en el citado parágrafo de la ley 715 de 2001, como ley orgánica, es suficiente base jurídica para la descentralización de los establecimientos públicos educativos que actualmente se encuentran adscritos al Ministerio de Educación Nacional.” Y a continuación pregunta:

“Teniendo en cuenta la exequibilidad que fue declarada por la Corte Constitucional respecto del Parágrafo 3 del Artículo 9 de la Ley 715 de 2001, en cuanto al mandato descentralizador que se ordena frente a los “ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS EDUCATIVOS que funcionan con recursos del presupuesto general, y que dicha naturaleza jurídica es precisamente la que detentan las entidades educativas adscritas al Ministerio de Educación Nacional, ¿Cuenta la citada disposición de la mencionada ley orgánica, el citado parágrafo, con la jerarquía normativa suficiente para servir de fundamento para desarrollar y expedir la reglamentación del mandato que se le otorga al Gobierno Nacional de descentralizar los establecimientos públicos adscritos al orden nacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002, y así dar claridad al proceso de traspaso ordenado?”

Para responder la Sala CONSIDERA:

De acuerdo con lo expuesto en la consulta, el asunto que se plantea a la Sala busca clarificar el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República respecto de una disposición de ley orgánica. No obstante, precisa la Sala que la materia que sería objeto de reglamentación está contenida en dos leyes de distinto tipo, a las cuales se

referirá inicialmente este concepto, para continuar con las posibilidades de reglamentación y concluir con la respuesta solicitada.

1. La ley orgánica y la ley ordinaria.

1.1. La ley orgánica.

La Constitución Política de 1991, al regular la función legislativa y radicar en el Congreso de la República la facultad de “hacer las leyes”, introdujo varios tipos de leyes, entre los cuales está la nominada “ley orgánica”, de que trata el artículo 151 de la Carta en los siguientes términos:

Artículo 151. “El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.”²

Del texto del artículo 151 transcrito surgen las siguientes consecuencias del tipo legal que en él se regula:

- a) La sujeción del ejercicio de la función legislativa a lo dispuesto en la ley orgánica;
- b) La reserva de materias taxativamente enunciadas, es decir, que la regulación sobre (i) la preparación, la aprobación y la ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, (ii) la preparación, la aprobación y la ejecución del plan general de desarrollo, y (iii) la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales, sólo puede ser adoptada por el Congreso de la República mediante ley orgánica;
- c) El requisito de votación por mayoría absoluta en los debates que se surtan en Cámara y Senado, para su aprobación.

² A las materias relacionadas en el artículo 151 constitucional transcrito, se agrega la referente a los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de los planes de desarrollo y de participación ciudadana en su discusión, así como los mecanismos para su armonización y la sujeción a ellos de los presupuestos oficiales y los presupuestos oficiales, y la organización y funciones del Consejo Nacional y los Consejos Territoriales de Planeación, según lo ordena el artículo 342 de la Carta.

Por expresa disposición de la Carta contenida en el artículo 150, numeral 10³, las materias reservadas a la ley orgánica, no pueden ser objeto de facultades extraordinarias del Congreso al Presidente de la República; se trata de asuntos indelegables por el legislativo al ejecutivo, lo cual guarda armonía y coherencia con la finalidad que se contiene en el artículo 151, en tanto establece como efecto del tipo legal que regula, la subordinación a éste, de la función legislativa.

En atención a sus características, es factible entender que por lo general la ley orgánica es una ley procedimental, que establece “el orden y los métodos de trabajo de las cámaras, al desarrollar las funciones que la Constitución les ha asignado”⁴. Sin embargo, esta clase de leyes no regula exclusivamente las funciones del legislador, pues también ordena las funciones administrativas necesarias para la expedición o ejecución de las leyes, como por ejemplo, en la ley orgánica del presupuesto se encuentra todo lo referente a la preparación del proyecto de ley y lo referente a su ejecución una vez adoptado por el Congreso. La Sala volverá sobre esta idea al analizar el caso consultado.

Resalta la Sala que el artículo 151 constitucional cuando consagra y tipifica la ley orgánica nada dice respecto de la potestad reglamentaria que, al tenor del artículo 189, numeral 11, también constitucional, corresponde ejercer al Presidente de la República, “mediante la expedición decretos, resoluciones u órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

1.2. La ley ordinaria.

Con excepción de los asuntos que la Constitución reserva a un determinado tipo de ley, para el caso, la ley orgánica, todos los demás de que trata la enumeración enunciativa contenida en el artículo 150 de la Carta, son materia de leyes ordinarias, esto es, de leyes “que no cumplen con la exigencia de tener un específico *nomen iuris*, o respecto de las cuales en su aprobación no se exigen requisitos.”⁵

1.3. Las leyes 715 del 2001 y 790 del 2002

El epígrafe de la ley 715 del 2001⁶, reza: “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones

³ Constitución Política, Artículo 150. “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. / El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias. / Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.” (Subraya la Sala).

⁴ SIERRA PORTO, Humberto, Concepto y tipos de ley en la Constitución Colombiana, Universidad Externado de Colombia, 1.998, pág. 264.

⁵ SIERRA PORTO, Op.cit, pág. 250.

⁶ Ley 715 del 2001 (diciembre 21) Diario Oficial No 44.654, diciembre 21 del 2001

para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.” (Subraya la Sala).

Se trata, como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-983-05⁷, reseñada en la consulta, de una ley orgánica que tiene dentro de sus objetivos “encontrar una eficaz distribución de competencias entre los tres niveles de gobierno y retornar así “[a]uno de los principios básicos de la descentralización según el cual se deben aprovechar las ventajas que cada nivel de gobierno presenta en la prestación de servicios.”(Gaceta del Congreso 500 del jueves 27 de septiembre del 2001, p.18).”

El párrafo 3º del artículo 9º de esta ley 715 del 2001, en el contexto descentralizador que la informa, dispone:

“Los establecimientos públicos educativos del orden nacional que funcionan con recursos del presupuesto nacional, serán traspasados con los recursos a las respectivas entidades territoriales, conservando su autonomía administrativa.”

En la sentencia C-983-05, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de este párrafo por encontrar que:

“La posibilidad de traspasar conferida al Gobierno por medio de la ley 715 de 2001 no solo concuerda con el ordenamiento constitucional colombiano, tomado en su conjunto, sino que obedece a un desarrollo del mismo. De otro lado, no había podido ser factible que el Legislador le confiriera esa facultad al Gobierno mediante ley ordinaria. Al ser este un asunto de distribución de competencias entre la Nación y las Entidades Territoriales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 y con lo establecido por el artículo 288 de la Constitución Nacional, es preciso que se lleve a cabo por medio de ley orgánica. Eso fue justamente lo que sucedió: La Ley 715 de 2001 es una ley orgánica. La facultad de traspaso según lo previsto por el artículo 9º, párrafo 3º de la Ley 715 de 2001 se ajusta a la Constitución.”

Por su parte, la ley 790 del 2002⁸, “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”, es una ley ordinaria que trata de la estructura de la administración pública en el nivel nacional, y que acorde también con el proceso de descentralización del servicio educativo, dispuso en el inciso segundo del artículo 20:

“Las entidades educativas que dependan del Ministerio de Educación serán descentralizadas y/o convertidas en entes autónomos. En tal caso, el Gobierno Nacional garantizará con recursos del presupuesto general de la nación distintos

⁷ Sentencia C-983-05 (26 de septiembre), Expediente D-5659, Normas demandadas: artículo 5º, numeral 5.18, párrafo 3º del artículo 9º y numeral 73.1 de la ley orgánica 715 del 2001, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁸ Ley 790 del 2002 (diciembre 27), Diario Oficial No. 45.046 diciembre 27 del 2002

a los provenientes del sistema general de participaciones y transferencias, su viabilidad financiera.”

A ella hizo referencia también la Sentencia C-983-05, como parte “*de las normas constitucionales y legales que han sido expedidas en relación con el tema [el traspaso de los establecimientos públicos educativos de que trata el parágrafo 3º del artículo 9º de la ley 715 del 2001] y [que] deben ser observadas por el Gobierno en el ejercicio de la facultad de traspaso.”*

Se tiene entonces que los textos legislativos en comento abordan el tema de la descentralización de la prestación del servicio público educativo, así: la ley 715 del 2001, asigna competencias y recursos entre los niveles nacional y territorial, dando continuidad al proceso descentralizador del servicio público educativo iniciado con la ley 60 de 1993 en el marco de la Constitución de 1991; en esta normativa, la prestación del servicio corresponde a las entidades territoriales respecto de la educación preescolar, básica (primaria y secundaria) y media; y por ello, la ley orgánica contiene el mandato de traspasar al nivel territorial, los establecimientos públicos educativos que aún se encuentran adscritos a la Nación, sin alterar su autonomía administrativa, es decir conservando la personalidad jurídica que detentan.

Por su parte, la ley ordinaria 790 del 2002, en consonancia con los niveles de la educación que prestan los establecimientos educativos de que trata, pues varios de ellos imparten educación superior, concreta el mandato de traspaso en los conceptos de administración descentralizada y administración autónoma⁹; por ende, el legislador ordinario en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 790 del 2002, precisa el mandato de traspaso, sin supresión del establecimiento educativo, en términos de descentralización o de autonomía, debiendo entonces entenderse para el primer caso que tal descentralización ha de ser territorial, pues los establecimientos educativos a que se refiere, por ser establecimientos públicos son una categoría de la descentralización por servicios; y en el segundo caso, que por ofrecer programas de educación superior es factible jurídicamente hablando, su transformación en entes universitarios autónomos.

En este punto la Sala se remite al Concepto de fecha 7 de abril del 2005¹⁰, en el que trató sobre la forma de proceder para aplicar el segundo inciso del artículo 20 de la ley 790 del 2002, al resolver la consulta formulada en este sentido por la señora Ministra de Educación Nacional.

2. La potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Dispone la Constitución Política:

Artículo 189. “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 11. Ejercer la potestad

⁹ Para el nivel de educación superior, la Constitución Política en el artículo 69 y la ley 30 de 1992, que lo desarrolla, asumen su prestación a cargo de “entes autónomos”.

¹⁰ Concepto del 7 de abril del 2005, Radicación 1.633, Referencia: Ley 790 de 2002. Programa de Renovación de la Administración Pública. Traspaso de entidades de la Nación a las entidades territoriales. Descentralización y conversión de entidades adscritas al Ministerio de Educación Nacional. Consultante Ministra de Educación Nacional. M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

La primera observación que es necesario hacer, consiste en que en la Constitución Política la función presidencial de reglamentación se predica de todas las leyes. No obstante, la carta le entrega competencias administrativas para expedir regulaciones, por lo general de carácter técnico, a algunos órganos como por ejemplo Consejo Superior de la Judicatura¹¹, la Junta Directiva del Banco de la República¹², el Consejo Nacional Electoral,¹³ la Contraloría General de la República,¹⁴ etc. El ejercicio de estas atribuciones está siempre sometido a la ley, pero no precisa de reglamentos dictados por el gobierno nacional, por lo que se discute en la doctrina si allí se suprimió por el constituyente la potestad reglamentaria de estirpe presidencial, o si se produjo una “deslegalización” de estas facultades al serles atribuidas a dependencias administrativas limitando la acción del legislador. Independientemente de estos debates, en el caso consultado que versa sobre las disposiciones que se encuentran en una ley orgánica y en una ley ordinaria, el vocablo “leyes” contenido en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, las incluye, de manera que la reglamentación de dichas leyes compete al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que como regla general le ha sido conferida por el ordenamiento constitucional.

La segunda observación atañe a que, como se dejó dicho, el artículo 151 de la Carta, al regular las leyes orgánicas, establece que ordenan la actividad legislativa, así como la actividad típicamente administrativa de preparación de algunos de los proyectos de ley, y de la ejecución de éstas, una vez adoptadas.

Ello es aplicable a la materia de la consulta, pues en la descentralización del servicio público educativo que la Ley orgánica 715 del 2001 está regulando, el mandato de traspasar los establecimientos públicos educativos que aún están adscritos al Ministerio de Educación Nacional, contenido en el parágrafo 3° del artículo 9°, guarda plena correspondencia con la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales para la dirección, organización, administración y prestación del servicio público educativo. En el inciso segundo del artículo 20 de la ley 790 del 2002, ese mandato se precisa y aclara, pues el término “traspasar” que es ambiguo en el campo del derecho público, se concreta en términos de efectuar la descentralización territorial o de entregarles autonomía para convertir en entes universitarios a los establecimientos públicos del orden nacional que prestan servicios educativos. De nuevo, la Sala remite al concepto del 7 de abril del 2005, Radicación 1.633 en el que se explican la razón de ser de estos mandatos legales, y la forma como ha de procederse por la administración para su cumplimiento.¹⁵

Hace notar la Sala que la orden del legislador de descentralizar los establecimientos públicos, o de transformarlos en entes universitarios autónomos, le es dada a la administración pública, por lo cual ésta debe acatarla, y por lo mismo, frente a ella el Gobierno Nacional posee la competencia reglamentaria en caso de que lo estime

¹¹ Artículo 257, numeral 3, constitucional.

¹² Artículo 371, inciso 2 de la Constitución.

¹³ Artículo 265, numeral 9, constitucional.

¹⁴ Artículo 268, numerales 1 y 12.

¹⁵ Concepto del 7 de abril del 2005, Radicación 1.633, ya citado.

conveniente, pues se insiste, la actividad necesaria para cumplir esta orden es típicamente administrativa.

De las observaciones precedentes resulta entonces que tanto la ley orgánica 715 del 2001 como la ley ordinaria 790 del 2002, y por ende, el párrafo 3° del artículo 9° y el inciso segundo del artículo 20, que respectivamente, forman parte del articulado de las leyes en cita, pueden ser reglamentadas por el Presidente de la República, por cuanto para el traspaso de los establecimientos públicos educativos adscritos al Ministerio de Educación Nacional, conforme señaló la Corte Constitucional en la multicitada Sentencia C-983-05, ambas leyes forman parte de un conjunto de normas que deben ser observadas por el Gobierno Nacional al ejercer la facultad de traspaso.

Ahora bien, conforme dice el numeral 11 del artículo 189 constitucional, que se ha dejado transcrito, la razón teleológica de la potestad reglamentaria es “la cumplida ejecución” de las leyes. La jurisprudencia y la doctrina han coincidido sin interrupción en considerar que el ejercicio de la potestad reglamentaria “exige, por una parte, la existencia de una ley que pueda ser objeto de reglamentación, y, por otra parte, el respeto del marco establecido por la misma ley, por las demás leyes y, obviamente, por la Constitución Política como norma de normas (Art. 4°).”¹⁶.

A través de los actos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, deben “aportarse los detalles, los pormenores de la ejecución de la ley, facilitar su entendimiento y comprensión”, pues de lo que se trata es de hacer “real el enunciado abstracto de la ley... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real”¹⁷. Esto significa también que “este poder reglamentario está limitado por el espíritu y el contenido de la ley que reglamenta”¹⁸, de manera que el contenido del acto reglamentario será amplio o restringido, dependiendo de la generalidad o de la concreción y precisión de la ley que reglamenta.

En el caso consultado, el mandato legal puede o no ser objeto del ejercicio de la potestad reglamentaria, pues en virtud de las leyes 715 del 2001 y 790 del 2002, es claro que los establecimientos educativos a que ellas se refieren no pueden formar parte del nivel nacional. Por ello, en el concepto del 7 de abril del 2005, Radicación 1.633, esta Sala expresó: “...*Dado que no hay un procedimiento exacto y que el único requisito exigido por la Constitución es la expedición de la ordenanza o el acuerdo, el Gobierno puede proceder caso por caso o adoptar por reglamento un procedimiento homogéneo para la ejecución de la ley.*”

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

El párrafo 3° del artículo 9° de la ley 715 del 2001 y el inciso segundo del artículo 20 de la ley 790 del 2002, son disposiciones que integran el articulado, respectivamente, de una ley orgánica y de una ley ordinaria, y pueden ser reglamentados en ejercicio de la

¹⁶ Sentencia C-723-04 (3 de agosto) Expediente D-5024, Normas demandadas: artículos 5° (parcial), 6° (parcial), 7° (parcial) y 10° (parcial) de la Ley 715 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁷ Sentencias C-384-03 (13 de mayo) , Expediente D-4312 , Norma demandada: ley 598 del 2000, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-805-01 (1° de agosto), Expediente O.P. 050, Proyecto de Ley N° 182/99 Senado y 004/00 Cámara, M.P. Rodrigo Escobar Gil

¹⁸ Sentencia C-384-03, ya citada.

potestad reglamentaria que el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política le confiere al Presidente de la República, si lo estima necesario con miras a su cumplida ejecución.

Transcríbase a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO
Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Secretaria de la Sala