

REMUNERACION DE DOCENTES VINCULADOS EN PROVISIONALIDAD - Nulidad del Decreto 768 de 2004 / ACCIONES DE NULIDAD Y NULIDAD POR INCONSTITUCIONAL - Diferencias / SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD EFECTOS HACIA EL FUTURO - Nulidad por desaparecimiento de los fundamentos de derecho / DOCENTES EN PROVISIONALIDAD - Nulidad del Decreto 768 de 2001 por inexequibilidad del Decreto - Ley en que se fundó

Los fallos que en ejercicio del control de constitucionalidad profiere la Corte Constitucional, tienen efectos hacia el futuro - ex tunc -, salvo que la misma determine lo contrario (artículo 45 de la Ley 270 de 1996). Considera la Sala que al haberse expedido el Decreto 768 de 2004 con fundamento en una disposición legal que fue retirada del ordenamiento jurídico, por resultar abiertamente contraria a la Carta Política, es claro que el acto acusado es nulo por desaparecer su fundamento de derecho. Si bien la declaratoria de inexequibilidad parcial del Decreto 1278 de 2002 - en la expresión referida -, y de acuerdo con la Sentencia C-1169/04, tiene efectos hacia futuro, ello no impide que el juez contencioso se pronuncie sobre la legalidad del decreto acusado, expedido con fundamento en disposiciones declaradas inexequibles, por cuanto es manifiesto que desde su origen el señalado acto nació viciado de inconstitucionalidad. Así las cosas, la Sala se releva de analizar los demás cargos formulados en la demanda, pues el anterior argumento resulta suficiente para infirmar el acto impugnado. Se decretará entonces la nulidad del Decreto No. 768 del 11 de marzo de 2004, pues no podía el Gobierno Nacional, con ocasión del establecimiento de un criterio que resultó contrario al ordenamiento legal, variar la remuneración del personal docente vinculado en provisionalidad.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84 / DECRETO LEY 1278 DE 2002 / DECRETO 768 DE 2004

NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia Exp. S-612, MP. Juan Alberto Polo Figueroa; Corte Constitucional, sentencia C-1169 de 2004.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 768 DE 2004

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., febrero dieciocho (18) de dos mil diez (2010).

Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00082-00(0805-04)

Actor: DAVID GUILLERMO ZAFRA CALDERON

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

El ciudadano David Guillermo Zafra Calderón, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 237 - numeral 2º - de la Constitución Política, demandó ante el Consejo de Estado la nulidad por inconstitucionalidad del Decreto No. 768 del 11 de marzo de 2004, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se fijó transitoriamente la remuneración de los docentes al servicio del Estado, en los niveles de preescolar, básica o media que se vincularan en provisionalidad al servicio público educativo de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 1278 de 2002.

Expresó el demandante que en desarrollo de lo dispuesto en la ley 715 de 2001 se procedió a vincular como docentes provisionales a quienes venían laborando por órdenes de prestación de servicios; que en virtud de los decretos 688 de 2002 y 3621 de 2003 se estableció el salario para cada cargo y grado del escalafón, lo que les generó a los docentes un derecho salarial y un respeto por los derechos de la carrera; que con el acto acusado se ordenó un salario diferente, el cual resultó inferior al reconocido en los decretos antes mencionados, no obstante tener los mismos títulos, notándose una disminución salarial para los provisionales.

A su juicio, a los docentes provisionales vinculados en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001 no se les podía decretar transitoriamente otro salario, pues debió aplicárseles el régimen establecido en los decretos nacionales.

Afirmó que el Decreto 768 de 2004 es contrario a la Constitución Política (art. 53) y a la Ley 4ª de 1992 (arts. 2, 3 y 4), al no respetar los derechos de la carrera y al establecer el salario en relación con el título académico y con la modalidad de nombramiento, cuando debía depender de la estructura del empleo y de las funciones a desarrollar, por lo que el ejecutivo nacional desbordó los límites señalados en la Ley 4ª de 1992.

Finalmente señaló que el acto impugnado violó el artículo 13 Constitucional, pues excluyó, respecto a sus salarios, a los docentes titulados como bachilleres, bachilleres pedagógicos, técnicos en educación, tecnólogos en educación, peritos en educación y expertos en educación, igualmente vinculados en provisionalidad, a quienes se les mantiene el salario acorde al grado en el que se encuentran escalafonados, es decir, conforme al decreto nacional de salarios.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Con los siguientes argumentos la entidad demandada consideró que el Decreto 768 de 2004 se ajustó a derecho.

Afirmó que la disposición acusada se expidió en desarrollo de las normas generales previstas en la Ley 4ª de 1992, y en ella se determinó la asignación máxima que perciben los provisionales en las entidades territoriales; que dicha remuneración se fijó mientras se determinaba el régimen salarial para quienes se vincularan en propiedad bajo el nuevo estatuto de profesionalización.

Después de referirse a las normas que gobiernan el régimen de carrera, señaló que a partir de la Ley 715 de 2001 se hizo mención al nombramiento provisional de docentes, quienes no gozan de los derechos propios de ese régimen, pero que se hacía necesario vincularlos para suplir de manera temporal una vacante, y por lo mismo establecer una norma transitoria que les fijara su remuneración (Dcto. 768), pues no estaba reglamentada dicha escala.

Sostuvo que el Decreto 1278 de 2002, que habilita el nombramiento de docentes, fue declarado exequible mediante sentencia C-313 de 2003, el cual sirvió de fundamento para la determinación de los requisitos para el ingreso a la carrera (Dcto. 3238/04).

Le resulta claro que cada profesión u oficio deba tener sus propias exigencias (Dcto. 2277/79 - art. 10 - y Ley 115/94), sobre todo en educación que es base fundamental para la formación.

Por último, indicó que el decreto acusado no podía tener en cuenta el grado en el escalafón que ostentara la persona antes de vincularse al servicio, porque, en todos los casos, los nuevos docentes debían regirse por el nuevo estatuto.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se denegaran las súplicas de la demanda, con el argumento de haber operado el decaimiento del acto administrativo acusado, en virtud de la declaratoria de inexecuibilidad parcial del artículo 46 del Decreto Ley 1278 de 2002.

Para resolver, se

CONSIDERA

En primer lugar, es necesario aclarar, que a pesar de que la acción interpuesta es la de nulidad por inconstitucionalidad, cuya decisión está atribuida a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el presente caso, es la Sección Segunda la competente para proferir el fallo que corresponda en consideración a que se trata del ejercicio, por parte del Gobierno Nacional, de una función eminentemente administrativa ejercida en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, caso en el cual ya se ha definido que la acción a intentar es la de simple nulidad contemplada en el artículo 84 del C.C.A., en consecuencia es la Sección Segunda de la Corporación quien debe decidir sobre el presente asunto.

En efecto, ya la Sala Plena de la Corporación, con ponencia del Dr. JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA, tuvo oportunidad de sentar las bases y hacer la diferenciación entre las acciones de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad, concluyendo en lo siguiente:

La distribución de competencia para el control de constitucionalidad de los decretos del Gobierno Nacional entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, contenida en las normas transcritas, evidencia que la Constitución y la ley Estatutaria mantienen inalterable la naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el objeto de la misma. Por lo tanto, si la jurisdicción de lo contencioso administrativo, “conforme a las regla que señale la ley” (art. 82 Decreto 01 de 1984 o C.C.A.), está instituida por la Constitución con el objeto de juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas que desempeñen funciones administrativas, de ello dimana que la atribución que la Constitución otorga al Consejo de Estado para “desempeñar las funciones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo” en punto a decretos del Gobierno Nacional, está referida a aquellos dictados en ejercicio de la Función Administrativa, vale decir, a los que desarrollan o dan aplicación concreta a la ley, o condicionan la aplicación de una situación general preexistente a una persona determinada. El control jurisdiccional sobre estos decretos de índole eminentemente administrativa, se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad. En ese orden de

ideas, y por exclusión, las “acciones de nulidad” atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, son aquellas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa de la Constitución Política. En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativa. (Sentencia S-612 de 23 de julio de 1996).

Definido lo anterior, la Sala entra al estudio del fondo del presente asunto:

Se demanda en este caso el Decreto No. 768 del 11 de marzo de 2004, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se fijó transitoriamente la remuneración de los docentes al servicio del Estado, en los niveles de preescolar, básica o media que se vincularan en provisionalidad al servicio público educativo de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 1278 de 2002.

Se dispuso en la norma acusada:

“Artículo 1º. Los docentes que de conformidad con el Decreto-ley 1278 de 2002, sean nombrados en provisionalidad a las plantas de cargos de las entidades territoriales certificadas, percibirán la siguiente asignación básica mensual máxima:

Asignación básica mensual máxima:

Normalista superior \$572.274 pesos moneda corriente.

Licenciado o profesional \$727.292 pesos moneda corriente.

La remuneración de que trata el presente artículo, se mantendrá hasta tanto el Gobierno Nacional fije el régimen salarial para los docentes y directivos docentes que se vinculen de conformidad con el nuevo estatuto de profesionalización docente establecido en el Decreto-ley 1278 de 2002.

Artículo 2º. El presente decreto rige a partir de su publicación, deroga las disposiciones que le sean contrarias.”.

Como puede observarse, la disposición anterior se fundamentó para su expedición en el Decreto Ley 1278 de 2002, por el cual se expidió el Estatuto de Profesionalización Docente, particularmente en lo previsto en su artículo 46, relacionado con el establecimiento de la escala salarial del personal docente nombrado en provisionalidad, según el título que acreditaran al momento de la vinculación.

La Corte Constitucional, en sentencia C-1169 de 2004, declaró inexecutable las expresiones que a continuación se resaltan del Decreto ley 1278 de 2002:

ARTÍCULO 46. SALARIOS Y PRESTACIONES. El Gobierno Nacional, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, establecerá la escala única nacional de salarios y el régimen prestacional para los docentes escalafonados, de acuerdo con el grado y nivel que acrediten en el Escalafón Docente de conformidad con el presente decreto; **y según el título que acrediten, para los docentes nombrados en provisionalidad o en período de prueba;** lo mismo que las remuneraciones adicionales para los directivos docentes, de acuerdo con los niveles educativos y el tamaño de la institución educativa que dirijan.

El salario de ingreso a la carrera docente debe ser superior al que devengan actualmente los educadores regidos por el Decreto-ley 2277 de 1979.”.

Declaró la inexecutable de las expresiones destacadas con fundamento en el siguiente razonamiento:

“(…) según lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, es indiscutible que, por expreso mandato constitucional, las materias propias de una ley marco - como la referente a la fijación de los criterios para establecer el régimen salarial y prestacional de los educadores oficiales - no pueden ser expedidas a través de decretos-leyes, pues en este punto, el Congreso no puede conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República (C.P. art. 150, num. 10). (…).

Por consiguiente, las obligaciones que surgen del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre ellos, las correspondientes a los educadores oficiales, son susceptibles de regulación exclusivamente mediante ley marco y no admiten, en su desarrollo, otra modalidad normativa, principalmente a través del ejercicio de facultades extraordinarias por expresa prohibición constitucional (C.P. art. 150, num. 10).

En efecto, el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para regular de manera general y abstracta un asunto sometido a reserva de ley marco, desconocería el ejercicio de la competencia concurrente que para la regulación de dichas materias ha establecido el Constituyente: Entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

Por su parte, el precepto legal demandado se refiere a uno de los criterios que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para establecer el régimen salarial y prestacional de los docentes nombrados en provisionalidad o en período de prueba, como lo es el título que acrediten.

Se trata de una disposición que, según su origen, fue creada al amparo de facultades extraordinarias.

Es evidente entonces que la norma acusada prevista en el Decreto-Ley 1278 de 2002, al regular uno de los criterios que debe tener en cuenta el Gobierno nacional para establecer el régimen salarial y prestacional de los docentes nombrados en provisionalidad o en período de prueba, desconoce lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, en cuanto que el criterio para el desarrollo del régimen salarial y prestacional allí establecido, debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema constitucional como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias.

(...).

Así las cosas, esta Corporación puede concluir que el Presidente de la República sin sujetarse a las precisas exigencias del Texto Superior, adicionó los criterios establecidos en la Ley marco para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, como lo son los docentes nombrados en provisionalidad o en período de prueba (Ley 4ª de 1992), desconociendo la obligación constitucional de fijar dichos criterios por intermedio de una Ley de la misma naturaleza y no -como se realizó- a través del ejercicio de facultades extraordinarias. (...).

Los fallos que en ejercicio del control de constitucionalidad profiere la Corte Constitucional, tienen efectos hacia el futuro - ex tunc -, salvo que la misma determine lo contrario (artículo 45 de la Ley 270 de 1996).

Considera la Sala que al haberse expedido el Decreto 768 de 2004 con fundamento en una disposición legal que fue retirada del ordenamiento jurídico, por resultar abiertamente contraria a la Carta Política, es claro que el acto acusado es nulo por desaparecer su fundamento de derecho.

Si bien la declaratoria de inexecutable parcial del Decreto 1278 de 2002 - en la expresión referida -, y de acuerdo con la Sentencia C-1169/04, tiene efectos hacia futuro, ello no impide que el juez contencioso se pronuncie sobre la legalidad del decreto acusado, expedido con fundamento en disposiciones declaradas inexecutable, por cuanto es manifiesto que desde su origen el señalado acto nació viciado de inconstitucionalidad.

Así las cosas, la Sala se releva de analizar los demás cargos formulados en la demanda, pues el anterior argumento resulta suficiente para infirmar el acto impugnado.

Se decretará entonces la nulidad del Decreto No. 768 del 11 de marzo de 2004, pues no podía el Gobierno Nacional, con ocasión del establecimiento de un criterio que resultó contrario al ordenamiento legal, variar la remuneración del personal docente vinculado en provisionalidad.

En consecuencia, 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

Declárase la nulidad del Decreto No. 768 del 11 de marzo de 2004, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se fijó transitoriamente la remuneración de los docentes al servicio del Estado, en los niveles de preescolar, básica o media que se vincularan en provisionalidad al servicio público educativo de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 1278 de 2002.

Una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NORMA DEMANDADA: DECRETO 768 DE 2004