

Honorables Consejeros
CONSEJO DE ESTADO
SECCIÓN SEGUNDA
Bogotá D.C.-

Ref. Acción de Nulidad
Contra el Decreto No. 2355 del 24 de junio de 2009, por el cual se reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas.

JORGE HUMBERTO VALERO RODRIGUEZ, mayor, identificado como aparece al pie de mi firma, ciudadano en ejercicio, por medio de la presente, manifiesto que interpongo demanda en ejercicio de la **ACCION DE NULIDAD** en contra del Presidente de la República, Dr. **ALVARO URIBE VELEZ**, y el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, representado por la ministra Dra. **CECILIA MARIA VELEZ WHITE**, por quien haga sus veces en el momento de la notificación, o por los apoderados especiales que para tales efectos se designen, con el fin de que se acceda a las siguientes pretensiones.

I. PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare la nulidad del Artículo 24 del Decreto 2355 de 24 de junio de 2009, por el cual se reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas.

SEGUNDA: Que, declarada la nulidad del Decreto 2355 del 24 de junio de 2009, se declare los efectos de cosa juzgada *erga omnes* de la sentencia respectiva.

II. COMPETENCIA

El Consejo de Estado es competente para conocer de esta demanda, de conformidad con el numeral 1º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el inciso 2º del artículo 82 del mismo estatuto, modificado por el artículo 36 de la ley 446 de 1998, entre otros.

II. ACTO DEMANDADO

Se transcribe, a continuación, el texto del acto administrativo impugnado:

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

DECRETO 2355 DEL 24 DE JUNIO DE 2009

Por el cual se reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las previstas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, en los artículos 63 y 200 de la Ley 115 de 1994, en los artículos 5, 23, Y27 de la Ley 715 de 2001 y en el artículo 1 de la Ley 1294 de 2009.

DECRETA:

CAPÍTULO I

Aspectos generales de la contratación del servicio educativo

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación. El presente decreto reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas. Los departamentos, distritos y municipios certificados podrán celebrar los contratos a que se refiere el presente decreto, cuando se demuestre la insuficiencia para prestar el servicio educativo en los establecimientos educativos estatales de su jurisdicción.

Artículo 2. Capacidad para contratar la prestación del servicio educativo. Las entidades territoriales certificadas podrán contratar la prestación del servicio educativo que requieran con las personas de derecho público o privado que señala la ley y de reconocida trayectoria e idoneidad en la prestación o promoción del servicio de educación formal.

Parágrafo. Cuando la contratación que se pretenda realizar sea con las autoridades indígenas, éstas deberán estar debidamente registradas ante la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y Justicia. Para efectos de esta contratación, los establecimientos educativos promovidos por autoridades indígenas deben cumplir los requisitos a los que se refiere el artículo 9° de la Ley 715 de 2001.

En los contratos a los que se refiere el presente parágrafo se deberán tener en cuenta las disposiciones especiales aplicables, contenidas en el Decreto 804 de 1995 y demás normas concordantes.

Artículo 3. Prestación del servicio educativo. La modalidad de selección para los contratos de prestación de servicios profesionales a que se refiere el literal b del artículo 4° del presente decreto, se realizará de conformidad con lo establecido en el literal h del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y en el Capítulo 111 de este decreto.

Artículo 4. Modalidades de los contratos. Conforme a lo previsto en el artículo 10 de este decreto, con el fin de hacer más eficientes los recursos disponibles y satisfacer las distintas necesidades del servicio educativo, las entidades territoriales certificadas podrán celebrar contratos en las siguientes modalidades:

- a) Concesión del servicio educativo.
- b) Contratación de la prestación del servicio educativo.
- c) Administración del servicio educativo con las iglesias y confesiones religiosas.

Artículo 5. Valor de los contratos. Para las modalidades de contratación de la prestación y de la administración del servicio educativo el valor total de cada contrato será el resultado de multiplicar el valor establecido por estudiante por el número de estudiantes atendidos. El valor por estudiante se determinará teniendo en cuenta los componentes de la canasta educativa ofrecidos.

Para las modalidades de contratación de la prestación y de la administración del servicio educativo establecidas en el artículo 40 de este decreto, y financiadas con cargo a los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones, el valor reconocido por alumno atendido no podrá ser superior, en ningún caso, a la asignación por alumno definida por la Nación. Cualquier suma que exceda lo dispuesto en el presente artículo deberá ser financiada con cargo a los recursos propios de la entidad territorial certificada respectiva.

No obstante, dichos contratos podrán también financiarse total o parcialmente con los recursos que reciban las entidades territoriales certificadas por transferencia con destinación específica, con recursos propios u otros que puedan concurrir para tal efecto, con sujeción a las restricciones legales.

Artículo 6. Cobros a los estudiantes. Cuando se atienda población objeto de las políticas de gratuidad del Ministerio de Educación, el contratista no podrá realizar, en ningún caso, cobros por concepto de matrículas, pensiones, cuotas adicionales, servicios complementarios, cobros periódicos u otros conceptos.

Cuando se autorice al contratista el cobro de derechos académicos o servicios complementarios para población que no es objeto de las políticas de gratuidad, tales cobros deben ser establecidos sin exceder las restricciones previstas en las normas vigentes sobre costos educativos para los establecimientos educativos estatales del ente territorial contratante. En consecuencia, no podrán pactarse, en ningún caso, cobros diferentes en monto y concepto de los establecidos para los establecimientos educativos estatales en los respectivos reglamentos territoriales.

Artículo 7. Requisitos presupuestales para la celebración de contratos. Antes de la celebración de cada contrato, la entidad territorial deberá contar con la apropiación presupuestal suficiente para asumir los respectivos compromisos contractuales, para la cual deberá obtener el correspondiente certificado de disponibilidad presupuesta!. Si el contrato que se suscriba afecta presupuestos de vigencias futuras, deberá darse cumplimiento a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 o a las normas que lo modifiquen o sustituyan.

Artículo 8. Requisitos específicos para la celebración de contratos. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 de la Ley 715 de 2001 y 1 de la 1294 de 2009, para realizar la contratación del servicio público educativo con cualquier fuente de recursos y en los términos del presente decreto, las entidades territoriales certificadas deberán cumplir con los siguientes requisitos mínimos:

- a) Realizar un estudio que demuestre la insuficiencia en los establecimientos educativos del Estado y, en consecuencia, la necesidad de la contratación. Este estudio deberá realizarse previamente a la conformación o actualización del Banco de Oferentes y a la celebración de los contratos y con base en los resultados de la planeación de cobertura y de la proyección de cupos, en los términos establecidos en la resolución de matrícula expedida por el Ministerio de Educación Nacional.
- b) Garantizar que, en desarrollo de la contratación que realicen, se preste el servicio educativo formal durante todo el año lectivo y se ofrezcan en su totalidad los programas curriculares y planes de estudio de los niveles y grados determinados en el Proyecto Educativo Institucional (PEI) o en el Proyecto Educativo Comunitario (PEC).
- c) Establecer oportunamente el listado de los niños, niñas y jóvenes que serán atendidos en desarrollo de cada contrato. La relación de estos estudiantes deberá ser remitida a cada contratista debidamente firmada por el secretario de educación de la respectiva entidad territorial certificada y hará parte integral del contrato que se suscriba.

Artículo 9. Prohibición de contratación de docentes. En la modalidad de contratación de la prestación del servicio educativo, en ningún caso, se podrán contratar docentes privados para que trabajen en establecimientos educativos oficiales en los que laboren directivos docentes, docentes y personal administrativo oficial.

CAPÍTULO II

De la contratación de la concesión del servicio educativo

Artículo 10. Concesión del servicio público educativo. En los términos del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las entidades territoriales certificadas podrán contratar con particulares la prestación del servicio educativo bajo la modalidad de concesión. En estos contratos, el ente territorial podrá aportar infraestructura física y dotación o éstas podrán ser aportadas, adquiridas o construidas, total o parcialmente por el particular, imputando su valor a los costos de la concesión. Deberá pactarse, en todo caso, que a la terminación del contrato opere la reversión de la infraestructura física y de la dotación aportada por la entidad territorial o construida o adquirida por el particular con cargo al contrato.

En la modalidad de concesión el valor reconocido por estudiante será la asignación por alumno definida por la Nación, en la correspondiente tipología por alumno atendido y por calidad educativa, de cada entidad territorial. No obstante, la respectiva entidad territorial certificada podrá financiar los valores que excedan la asignación utilizando recursos diferentes a los de transferencias de la Nación.

Artículo 11. Selección del contratista. La selección de los contratistas del contrato de concesión del servicio educativo se realizará con base en lo establecido al respecto en las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y las normas que las modifiquen o sustituyan.

CAPÍTULO III

De la contratación de la prestación del servicio público educativo

Artículo 12. Contratación de la prestación del servicio público educativo. En esta modalidad, la entidad territorial certificada contrata la prestación del servicio público educativo por un año lectivo para determinado número de alumnos la contratación de la prestación del servicio podrá efectuarse con contratistas que sean propietarios de los establecimientos educativos en los que se presta el servicio o con contratistas que, sin ser propietarios de los establecimientos educativos, cuentan con un PEI o PEC aprobado por la respectiva secretaría de educación.

Artículo 13. Continuidad en la prestación del servicio y continuidad del contratista. A los estudiantes beneficiarios del servicio contratado se les deberá garantizar la continuidad del servicio educativo, sin que ello implique que el contratista adquiere derecho alguno a continuar el contrato más allá de su vigencia inicial. En consecuencia, sólo se podrá recurrir, en cada vigencia, a la modalidad de contratación de la prestación del servicio educativo, cuando no se pueda ofrecer disponibilidad de cupo en un establecimiento educativo oficial a los estudiantes que en la vigencia anterior eran beneficiarios del servicio contratado.

La entidad territorial certificada conservará la facultad, en todo caso, de no prorrogar ni suscribir un nuevo contrato, así como la de terminar uno existente, de acuerdo con las normas vigentes.

Artículo 14. Establecimientos educativos de régimen controlado. A partir del año 2011 no se podrán suscribir contratos de prestación del servicio educativo con establecimientos educativos que se encuentren clasificados en el régimen controlado.

A partir de la entrada en vigencia de este decreto, los establecimientos educativos de régimen controlado que actualmente se encuentren contratados para la prestación del servicio, deberán suscribir un plan de mejoramiento con la entidad territorial certificada y ejecutarlo, con el fin de buscar su clasificación en otro régimen.

Parágrafo. Los estudiantes beneficiarios de los contratos celebrados con personas propietarias de establecimientos educativos que se encuentren en régimen controlado antes del primero de enero de 2011, serán reubicados por la entidad territorial en otros establecimientos educativos al vencimiento del plazo originalmente previsto en el contrato.

Artículo 15. Conformación de bancos de oferentes. Cuando una entidad territorial certificada requiera celebrar los contratos a los que se refiere el artículo 12 del presente decreto, deberá conformar un banco de oferentes de la manera como aquí se establece.

Las entidades territoriales certificadas solo podrán celebrar los contratos en mención con las personas de derecho público o privado prestadoras del servicio educativo que resulten habilitadas en el respectivo banco de oferentes .. El proceso de inscripción, evaluación y calificación será gratuito.

El Ministerio de Educación Nacional determinará los lineamientos para la contratación del servicio público educativo y establecerá los criterios de evaluación y de calificación, los cuales incluirán los aspectos técnicos referidos a trayectoria e idoneidad, así como los procesos, procedimientos, formatos y demás instrumentos requeridos para la conformación del banco de oferentes.

Parágrafo. La invitación pública para inscribirse, la evaluación, la calificación y la posterior habilitación en el banco de oferentes no generan obligación para la entidad territorial certificada de realizar contratación alguna. En el evento en que la entidad territorial deba celebrar un contrato de prestación del servicio educativo deberá hacerlo con las personas de derecho público o privado habilitadas y de conformidad con la correlación existente entre la ubicación geográfica de la demanda y el lugar en el cual se prestará el servicio educativo.

Así mismo, se tendrán en cuenta, para realizar la contratación, las necesidades específicas de la población atendida, de manera que el servicio educativo contratado sea pertinente para dicha población.

Artículo 16. Procedimiento para conformar un banco de oferentes. Las entidades territoriales certificadas deben adelantar el siguiente procedimiento para conformar un banco de oferentes:

16.1. Primera etapa. Requerimientos previos para la conformación del banco de oferentes.

16.1.1. Adelantar todas las etapas preliminares y de proyección de cupos del proceso de matrícula que haya definido el Ministerio de Educación Nacional mediante la respectiva resolución.

16.1.2. Realizar un estudio completo que demuestre la insuficiencia en los establecimientos educativos del ente territorial certificado para prestar el servicio educativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la ley 715 de 2001 y el artículo 1 de la Ley 1294 de 2009. Las conclusiones del estudio deben quedar consignadas en la parte motiva del acto administrativo de invitación pública.

16.1.3. Elaborar una invitación pública, que debe contener:

- a) Datos básicos de la entidad territorial certificada interesada en conformar el banco de oferentes.
- b) Destinatarios de la invitación.
- c) Objeto de la invitación.
- d) Requisitos que deben acreditar los interesados en inscribirse, principalmente los relacionados con la acreditación de la experiencia e idoneidad para prestar el servicio público de educación y la capacidad para celebrar contratos.
- e) Criterios para evaluar a los inscritos y posibles prestadores del servicio.
- f) Fecha y hora a partir de la cual se inicia el proceso de inscripción, así como el lugar en que tal procedimiento se adelantará.
- g) Fecha y hora en la que se cierra la inscripción.
- h) Término durante el cual se realizará la evaluación y calificación de los inscritos.
- i) Medio a través del cual se informará a cada inscrito la calificación obtenida.

16.1.4. Elaborar el formato de inscripción, que hará parte integral de la invitación pública.

16.1.5. Elaborar el formato de evaluación de los inscritos, que hará parte integral de la invitación pública.

16.1.6. Elaborar la tabla de calificación, de acuerdo con el formato de evaluación, estableciendo un puntaje máximo y mínimo para cada aspecto evaluable y el puntaje mínimo requerido para ser habilitado, hacer parte del banco de oferentes y poder celebrar los respectivos contratos. La tabla de calificación hará parte integral de la invitación pública.

16.1.7. Establecer los medios de divulgación de la invitación pública que se emplearán, la dependencia responsable de dicha actividad, la duración y frecuencia con que se utilizarán los medios elegidos.

16.2. Segunda etapa. Realización de la invitación pública a inscribirse para la conformación del banco de oferentes, mediante la expedición de un acto administrativo motivado, que contendrá la información a que se refiere el numeral 16.1.3.

16.3. Tercera etapa. Habilitación. Esta etapa comprende la evaluación y la calificación.

CAPÍTULO IV

De la contratación de la administración del servicio educativo con las iglesias y las confesiones religiosas

Artículo 17. Administración del servicio educativo. Mediante esta modalidad la entidad territorial certificada podrá contratar la administración de uno o varios establecimientos educativos oficiales. En desarrollo de estos contratos la entidad territorial podrá aportar infraestructura física, docente y administrativa o alguna de ellas y la iglesia o confesión religiosa contratista por su parte aportará, en cada uno de los establecimientos educativos administrados, su capacidad de administración, dirección, coordinación y organización del servicio educativo y la correspondiente orientación pedagógica, así como los componentes que la entidad territorial no aporte y que sean necesarios para la prestación del servicio.

En el contrato de administración el contratista podrá prestar el servicio de administración a través de una sola persona o de un equipo de personas. El contratista recibirá por el servicio efectivamente prestado una suma fija, por alumno atendido, que corresponderá exclusivamente al costo de los componentes aportados y cuya forma de pago se determinará de común acuerdo entre las partes.

El rector, quien en desarrollo de los contratos de que trata el presente artículo será designado y vinculado por el contratista para ejercer la administración, dirección y orientación pedagógica, impartirá las instrucciones a que haya lugar para el adecuado funcionamiento del establecimiento educativo, las cuales deberán ser acatadas por el personal docente y administrativo oficial que labore en el establecimiento educativo, sin perjuicio de las que compete impartir o ejecutar a la entidad territorial. En tal evento las relaciones laborales de los respectivos docentes y personal administrativo oficial así como el régimen disciplinario, se someterán a las disposiciones legales aplicables a la entidad territorial certificada y serán ejercidas por las autoridades territoriales competentes.

Los costos de las mejoras y reparaciones locativas de la infraestructura física de la entidad territorial contratante podrán asumirse con cargo al Fondo de Servicios Educativos respectivo, de conformidad con lo establecido en los artículos 11 a 14 de la Ley 715 de 2001 y el Decreto 4791 de 2008.

Artículo 18. Alcance de las expresiones iglesia y confesión religiosa. Para los efectos del presente decreto las expresiones iglesia y confesión religiosa comprenden también a las entidades que éstas hayan erigido o fundado y que gocen de reconocimiento jurídico ante el Estado, lo mismo que las congregaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones o asociaciones de ministros.

Artículo 19. Requisitos para los contratistas. Las entidades territoriales sólo podrán celebrar los contratos de que trata el artículo 17 de este decreto con las iglesias y confesiones religiosas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Cuenten con personería jurídica, de conformidad con las normas que regulan la materia.
- b) Demuestren experiencia e idoneidad en la dirección y administración de establecimientos educativos o en la prestación del servicio educativo organizado por particulares.

Artículo 20. Certificación de la necesidad del servicio. Cuando se requiera celebrar un contrato de administración, en los términos establecidos en el artículo 17 del presente decreto, la entidad territorial certificada deberá justificar la necesidad de esta contratación considerando la planta de personal, directivos docentes, docentes y administrativos probada para la correspondiente entidad territorial.

Artículo 21. Propiedad de los bienes. Los bienes que sean adquiridos con los recursos públicos con los que se financien los contratos de administración del servicio educativo, serán de propiedad del ente territorial respectivo. Para tal efecto, las partes deberán realizar un inventario en el que se incluya la totalidad de tales bienes a más tardar en los dos (2) primeros meses de cada año calendario, manteniéndolo permanentemente actualizado.

CAPÍTULO V Otras disposiciones

Artículo 22. Inexistencia de vínculo laboral entre la entidad territorial contratante y los docentes vinculados por el contratista. En ningún caso, la entidad territorial contratante contraerá obligación laboral con las personas que el contratista vincule para la ejecución de los contratos de que trata el artículo 4 del presente decreto.

En consecuencia, el personal de dirección, administración y docente que vincule si contratista para la ejecución de los contratos en las distintas modalidades de que trata el artículo 4 del presente decreto, cuyo costo sea cancelado con los recursos asignados en el contrato, en ningún caso formará parte de la planta oficial de la entidad territorial contratante.

Artículo 23. Aplicación de disposiciones generales de educación. A la totalidad de los contratos que se celebren de acuerdo con lo dispuesto en este decreto le son plenamente aplicables las normas que regulan la prestación del servicio de educación en el país.

Artículo 24. Docentes privados en instituciones educativas oficiales. A partir del año 2010 las entidades territoriales certificadas no podrán tener laborando docentes, directivos docentes o personal administrativo mediante la modalidad de contratación de la prestación del servicio público educativo en instituciones educativas oficiales en que laboren también docentes y directivos docentes oficiales.

Lo anterior sólo podrá ser viable en los contratos de administración del servicio educativo, de conformidad con lo establecido en el capítulo IV del presente decreto.

Artículo 25. Condiciones de atención a los estudiantes. Los estudiantes beneficiarios de los contratos de que trata el presente decreto gozarán de las mismas condiciones de atención que el resto de la población estudiantil atendida en el respectivo establecimiento.

Artículo 26. Régimen de transición. Los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia del presente decreto, cuya ejecución se encuentre en curso, continuarán rigiéndose por las disposiciones anteriores hasta el vencimiento de su término original. Cualquier modificación que se haga a estos contratos con posterioridad a la entrada en vigencia del presente decreto deberá observar plenamente las disposiciones aquí establecidas.

Artículo 27. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto 4313 de 2004, el Decreto 2085 de 2005 y las demás normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., 24 de junio de 2009

LA MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL

CECILIA MARÍA VÉLEZ WHITE

III. NORMAS VIOLADAS

El acto administrativo objeto de la presente demanda viola, por falta de aplicación, los siguientes artículos: 1, 7, 13, 25, 44, 53, 68, 356 y 357, de la Constitución Política de Colombia; 5, 6 y 7, de la Ley 715 de 2001; 1, de la Ley 1294 de 2009; 55, 56 y 63, de la Ley 115 de 1994; y 19, del Decreto 804 de 1995.

IV. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Según el inciso 2° del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la declaratoria de nulidad de actos administrativos procederá en los siguientes supuestos: a) cuando infrinjan las normas en que deberían fundarse; b) cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes; c) cuando hayan sido proferidos en forma irregular; d) cuando su expedición se haya producido en violación del derecho de audiencias y defensa; e) cuando se produzca se expedición por falsa motivación; f) y, finalmente, en el evento en que se haya proferido tales actos con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los expidió.

En el presente caso, se ha incurrido en las siguientes causales de nulidad, a saber: i) violación de normas superiores (causal a); ii) expedición en forma irregular (causal c); y iii) violación del debido proceso (causal d), como se demostrará a continuación:

4.1. VIOLACIÓN DE NORMAS SUPERIORES

El acto acusado es violatorio de los artículos 2, 4 y de la Constitución Política, como se demuestra a continuación:

4.1.1. Violación por falta de aplicación del artículo 2° de la Constitución Política

1. De conformidad con el primer inciso del artículo 2° de la Carta, son, entre otros, fines esenciales del Estado promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo. De otra parte, según el inciso 2° de la misma disposición, las autoridades de Colombia están instituidas para defender los derechos de las personas y asegurar el cumplimiento de los derechos y deberes del Estado y de los particulares.

2. Se constata una clara violación de los principios fundantes del Estado colombiano, además del desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso, como se observa en el acápite 4.1.3.

3. Por este motivo, se concluye que, dada la violación de esta disposición, se debe declarar la nulidad de las disposiciones impugnadas.

4.1.2. Violación por falta de aplicación del artículo 4° de la Constitución Política

1. El artículo citado dispone que la Constitución es norma de normas y que, en consecuencia, prevalece sobre cualquier otra que se le oponga.

2. Dadas las violaciones ya mencionadas en que se incurre, es patente el desconocimiento de la superioridad de la Constitución y, luego, la infracción de esta norma.

4.1.3. Violación por falta de aplicación de los artículos 29, 123 y 209 de la Constitución Política

1. Conforme al inciso primero del artículo 29, el derecho al debido proceso debe ser protegido en el marco de cualquier tipo de actuación administrativa o judicial. En efecto, reza la citada disposición lo siguiente:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.”

Conforme a la jurisprudencia en vigor de la Corte Constitucional, el derecho fundamental al debido proceso, consagrado, entre otras normas integrantes del bloque de constitucionalidad, en el artículo 29 de la Carta, comprende los siguientes derechos:

- (i) Derecho al juez natural;
- (ii) Derecho a ser juzgado con la plenitud de las formas de cada juicio;
- (iii) Derecho a la defensa, que incluye el derecho a probar; y
- (iv) Derecho a que las actuaciones se efectúen con base exclusivamente en normas jurídicas, y con respeto de los principios, valores y bienes jurídicos constitucionales y legales pertinentes, incluido el de prevalencia del derecho sustancial, y dentro de un término razonable.

Este último aspecto implica que la falta de motivación es violatoria del derecho al debido proceso, como lo estableció la Corte Constitucional en un fallo de 2005,¹ basado en la Sentencia SU 250 de 1998, entre otras, y que constituye precedente aplicable al caso sub examine:

¹ Cf., CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-552 de veinticinco (25) de mayo de dos mil cinco (2005). Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Acción de tutela instaurada por el señor José Francisco Velásquez contra el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. Expediente T-1067921.

“El artículo 209 de la Constitución Política establece el principio de publicidad en las actuaciones adelantadas por la administración pública: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad(...)”* Dentro de este principio se inscribe, precisamente, el de motivación de los actos administrativos.

La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados “considerandos”, deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.

Siguiendo las lineamientos expuestos por el profesor francés René Chapus en su tratado de derecho administrativo general, el deber de motivar los actos administrativos está orientado a satisfacer tres exigencias: (i) En primer lugar, una exigencia propia de la democracia, toda vez que conforme a ésta se impone a la administración la obligación de dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido [Art. 123 C.P. *“(...)Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”*. Art. 209 C.P. *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales (...)”*]. (ii) En segundo lugar, pone de presente la exigencia de adelantar una “buena” administración; en este sentido, la obligación de motivar los actos administrativos compele a la administración a realizar un examen acucioso de los fundamentos de las decisiones que proyecta, previniendo, de esta manera, que se adopten decisiones estudiadas de manera insuficiente o de dudosa justificación; y, (iii) en tercer lugar, la motivación de los actos administrativos facilita el control de la actuación administrativa; así, el conocimiento de los motivos por los cuales la administración ha adoptado determinada decisión permite a los interesados apreciar las razones de las decisiones que los afectan y, eventualmente, interponer los recursos administrativos o instaurar las acciones judiciales a que haya lugar, garantizando, de esta manera, el ejercicio del derecho de defensa. En el mismo sentido, facilita la tarea del juez administrativo en el *“instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo.”*

Así las cosas, salvo excepciones previstas en el ordenamiento, un acto administrativo sin motivación alguna o con una motivación manifiestamente insuficiente, carece de validez constitucional y legal, al no expresar las causas fácticas y jurídicas que determinan su adopción.

Es pertinente traer a colación las observaciones al respecto del profesor García de Enterría, citadas ya por esta Corporación en sentencia SU 250 de 1998:

“La motivación, como ya dijimos, es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente : la motivación es interna corporis, no externa ; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. Por ejemplo : no bastaría jubilar a un funcionario invocando simplemente una razón de “incapacidad física” ; habrá que concretar qué incapacidad física en particular y cómo se ha valorado y en qué sentido la misma justifica legalmente la resolución.” (Citas del original no transcritas).

Por ende, se concluye lo siguiente, en relación con el caso sub examine:

- a. El debido proceso es un derecho fundamental que debe ser protegido en el marco de cualquier actuación, sea esta administrativa o judicial.
- b. El debido proceso administrativo es un derecho subjetivo que debe ser protegido como un tipo del derecho fundamental al debido proceso.
- c. La protección del debido proceso administrativo, y, por ende, del derecho fundamental al debido proceso, es predicable tanto de actuaciones administrativas que culminan con la

expedición de actos generales como particulares, por cuanto ninguna distinción fue establecida constitucionalmente con base en la generalidad o especificidad del acto administrativo con que se concluye el procedimiento administrativo respectivo.

d. La falta de motivación del acto administrativo es un requisito de fondo que no sólo conlleva la declaratoria de nulidad del acto administrativo, sino la violación del derecho fundamental al debido proceso, entre otras normas constitucionales.

2. Según el artículo 209 de la Constitución Política, la función pública se desarrolla conforme al principio de publicidad. Por ende, la carencia de motivación del acto administrativo es violatoria del principio de publicidad, dado que, precisamente, le otorga un carácter reservado o privado a razones que deben ser de público conocimiento. Por tanto, la falta de motivación implica que no hay una exposición clara del motivo que realmente originó una decisión en particular.

3. Finalmente, conforme al artículo 103 de la Carta, los servidores públicos están al servicio de la comunidad. En este sentido, una medida que le impide a la sociedad conocer los motivos que fundamentan una decisión es contraria al mandato constitucional contenido en el artículo citado.

4. En el caso sub examine, como se demuestra con mayor claridad a continuación, la prohibición consagrada en el artículo 24, especialmente el período de tiempo en que debe comenzar a regir, no aparece justificada. En efecto, no se establece porqué la prohibición debe aplicarse desde el año 2010.

Por los motivos expuestos, y conforme a los argumentos que se exponen en relación con el cargo de expedición en forma irregular, la norma demandada debe ser declarada nula.

4.2. EXPEDICIÓN EN FORMA IRREGULAR POR FALTA DE MOTIVACIÓN

La falta de motivación, que no es equiparable a la “falsa motivación”, es la omisión de motivar el acto administrativo imputable a la autoridad que lo profiere, lo cual constituye un vicio de procedimiento, y, por ende, una causal de nulidad por expedición irregular del acto, mientras que la “falsa motivación” supone que sí hubo motivación, pero ésta no corresponde a los hechos. Ahora bien, para determinar si se ha o no omitido motivar el acto, no basta con la inclusión de expresiones genéricas (las famosas frases “*passé par tout*”), sino una relación de los motivos concreto que fundamentan el acto, desde el punto de vista de los fundamentos de derecho y hecho.

En este sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta (Sentencia de 28 de febrero de 2008, expediente No. 15944), consideró lo siguiente en torno a este punto:

“(…) en tanto se limita a señalar el ejercicio de una facultad oficiosa y el cumplimiento de una función, pero en sí misma no contiene una fundamentación o explicación fáctica y probatoria referida al asunto en concreto, indicativa de los motivos de la decisión plasmada en la parte resolutive. // (...) la motivación es una exigencia del acto administrativo (...) reclamable (...) de todos los actos y debe basarse en hechos ciertos y demostrados al momento de la emisión del acto, so pena de viciarlo de nulidad, por ausencia de uno de sus elementos esenciales (...)”.

En el presente caso, se observa que se omitió aducir argumentos que establezcan porqué la fecha a partir de la cual la norma produce sus efectos es el año 2010. Por ende, debe ser declarada nula la expresión, dado que la mera enumeración de las disposiciones que se aducen como fundamentos de derecho, no constituye en sí un argumento que justifique cómo la aplicación de

esas normas a los hechos que se adujeron como fundamentos de hecho justifica la decisión de aplicar la norma desde ese momento específico.

Por lo expuesto, solicito declarar la nulidad total del Decreto 2355 de 2009, y la nulidad de los correspondiente apartes anteriormente mencionados.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Artículo 84 del CCA.

Artículos 1, 2, 29, 123 y 209 de la Constitución Política.

VI. ANEXOS

1. Copia del Diario Oficial No. 44899 de 2009
2. Copia de la demanda para los correspondiente traslados.
3. Copia de la demanda para el archivo.

VII. NOTIFICACIONES

El Presidente de la República en la Carrera 8 No. 6 – 26 de Bogotá

La Ministra de Educación Nacional en la Calle 43 No. 57 – 14 CAN de Bogotá

Recibiré notificaciones en la Calle 19 No. 4 – 88 Oficina 1403 PBX 2824518 de esta ciudad capital.

Atentamente,

JORGE HUMBERTO VALERO RODRIGUEZ

C.C. 14.222.339 de Ibagué