

**NORMA DEROGADA - Procedencia del juicio de legalidad por los efectos jurídicos producidos / CONTROL DE LEGALIDAD DE NORMA DEROGADA - Procedencia**

Acorde con la Jurisprudencia del Consejo de Estado, sí es posible, a pesar de la derogación del precepto enjuiciado, acometer su juzgamiento en sede Contenciosa Administrativa, por vía de la acción de nulidad, por cuanto dada la presunción de legalidad de que estuvo revestido durante su vigencia el acto, bien pudo haber producido efectos jurídicos. Además, la norma fue reproducida con idéntico contenido. De allí que la Sala asuma el examen del acto impugnado, a pesar de que fue subrogado por otra norma.

**NOTA DE RELATORIA:** Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 241 DE 2008

**NOTA DE RELATORIA:** Se cita sentencia Consejo de Estado, Sección Primera, Exp. 6129, MP. Juan Alberto Polo Figueroa.

**NORMA DEMANDADA:** DECRETO 1095 DE 2005 - ARTICULO 3 APARTE

**PRINCIPIO DE COSA JUZGADA - Acto reproducido por el mismo órgano / ACTO REPRODUCIDO POR ORGANO DISTINTO - No opera la cosa juzgada y procede el control de legalidad. Antecedente jurisprudencial**

En el pasado, otros textos normativos, que guardan identidad esencial con el que aquí se demanda, fueron enjuiciados ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por lo cual es menester determinar si opera en este caso el instituto de la Cosa Juzgada. A juicio de la Sala, la existencia de un fallo anterior sobre el mismo texto normativo, no inhibe en todos los casos un nuevo pronunciamiento. Así, cuando la decisión anterior hubiere declarado la nulidad del acto, si éste fuera reproducido, se iría contra la cosa juzgada que prohíbe repetir el contenido material de los actos declarados nulos, mientras subsistan vigentes las disposiciones legales o constitucionales que dieron lugar a la declaración de nulidad. De otro lado, puede ser que el acto administrativo demandado reproduzca el contenido material de otro que ya se juzgó como ajustado al ordenamiento, pero que este segundo acto, aunque de idéntico contenido sea expedido por un órgano diferente, caso en el cual sí sería posible una nueva demanda, pero para examinar el tema de la competencia. Dijo el Consejo de Estado en el fallo de 20 de mayo de 2003, que también trató de la cosa juzgada, y se la aplicó parcialmente con referencia a la Sentencia de 14 de septiembre de 2000: (...). No hay duda entonces sobre la identidad normativa entre las disposiciones del Acuerdo No. 14 de 1999 expedido por la Junta Directiva del ICFES, juzgado favorablemente en la Sentencia de 14 de septiembre de 2000 y el Acuerdo No. 005 de 2000, originado en la misma Junta Directiva que en la Sentencia de 20 de mayo de 2003 superó el examen de legalidad que sobre él se hizo. Así mismo, es de resaltar que hay identidad básica entre los Acuerdos Números 14 y 005, y el Decreto 1095 de 11 de abril de 2005, sobre el que se emite la presente decisión. No obstante, en los fallos de 14 de septiembre de 2000 y 20 de mayo de 2003, se rechazó la acusación de nulidad contra aquellos actos de la Junta Directiva del ICFES, la excepción de cosa juzgada solo cubriría parcialmente la acusación, pues el órgano que expidió los Acuerdos 14 y 005, Junta Directiva del ICFES, no es el mismo, en tanto el Decreto hoy demandado fue expedido por el Gobierno Nacional, en consecuencia en los fallos anteriores no se efectuó, porque no podía hacerse,

ningún análisis sobre la competencia del Gobierno Nacional para expedir el Decreto que ahora se enjuicia.

**NOTA DE RELATORIA:** Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

**FUENTE FORMAL:** ACUERDO 14 DE 1999 / ACUERDO 005 DE 2000 / DECRETO 1095 DE 2005

**NOTA DE RELATORIA:** Cita sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, del 20 de mayo de 2003, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta y Exp. 6129, MP. Juan Alberto Polo Figueroa.

**NORMA DEMANDADA:** DECRETO 1095 DE 2005 - ARTICULO 3 APARTE

**ASCENSO EN EL ESCALAFON DOCENTE - Prohibición de doble utilización del título para obtener beneficios económicos / ASCENSO EN EL ESCALAFON POR MEJORAMIENTO ACADEMICO - Legalidad del Decreto 1095 de 2005 / MEJORAMIENTO ACADEMICO - Homologación de estudios de pregrado y postgrados: Legalidad**

En el presente caso se ha planteado que la materia objeto de reglamentación es asunto reservado al legislador. En lo que respecta a esta concreta materia, basta con decir que de ella ya se ocupó el Consejo de Estado en la Sentencia de 20 de mayo de 2003, pues en dicho fallo se respondió la acusación que se hacía sobre que “la norma acusada fue adoptada sin competencia ya que los requisitos para ascender en los cargos de carrera le corresponde fijarlos al legislador”, es decir, la acusación que en aquella ocasión se hizo sobre este preciso aspecto, es idéntica a la de ahora, y a ella respondió el Consejo de Estado que el Acuerdo No. 005 de 2000 no establecía requisitos para ascenso, y por lo mismo lo declaró ajustado al ordenamiento, lo cual excluye decidir ahora si el asunto está reservado al legislador, por lo que respecto de éste preciso aspecto ya se había pronunciado la Corporación. De otro lado, no hay duda sobre si la Junta Directiva del ICFES podía proveer esa norma reglamentaria, nada impediría que ella fuera reproducida en su contenido esencial, ya no por Acuerdo del ICFES, sino mediante Decreto Reglamentario expedido por el poder Ejecutivo. Como en el presente caso se acusa la violación de los artículo 67 y 188 de la Constitución Política, y el artículo 24 de la Ley 715 de 2001, y respecto de esas normas no se ha pronunciado esta Corporación, se abordará su examen. Ha planteado el demandante que las autoridades administrativas han dado una aplicación retroactiva al Decreto demandado, para negar los ascensos. No obstante, si tal cosa ha sucedido su juzgamiento correspondería a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos concretos que hayan negado dichos ascensos. Adicionalmente, no es de recibo el argumento de la retroactividad, pues el acto demandado es reproducción de normas anteriores de idéntico contenido a cuyo amparo se regulaban las situaciones de ascenso y que igualmente excluían la posibilidad de que un título fuera usado dos veces para obtener beneficios económicos. No prospera entonces por este aspecto la acusación. En lo que atañe a la violación de los artículos 67 y 188 de la Constitución Política, el demandante no desarrolla en absoluto la acusación, es decir no señala con explicitud de qué manera el decreto demandado podría violar las reglas constitucionales citadas. Como la Jurisdicción Contencioso Administrativa es rogada, no podría el Consejo de Estado abonar los argumentos que el demandante no planteó para examinar la conformidad del acto demandado con la constitución. Se sigue de lo anterior que la demanda no es idónea y que por este aspecto se inhibirá la Corporación de decidir este aspecto de la acusación. Ahora bien, antes de decidir es menester

recordar lo que dispone el artículo 24 de la Ley 715 de 2001, que es del siguiente tenor: (...). Como se aprecia, el párrafo del artículo 24 de la Ley 715 de 2001, se refiere a los nuevos docentes y en él se alude a las facultades conferidas al Ejecutivo Nacional, en el artículo 111 de la Misma Ley. Revisado el alcance de esas facultades, se aprecia que en el artículo 111, se otorgan al Presidente de la República precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, para: “expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que ingresen a partir de la promulgación de la presente ley, que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias y con los recursos.” Entonces, como las normas jurídicas que se dicen desconocidas o violadas, no tratan ni remotamente del valor de los títulos académicos, ni establece permisión o prohibición a ese respecto, no podría el Decreto Reglamentario violarlas de ningún modo. No prospera entonces la acusación que se hace.

**NOTA DE RELATORIA:** Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

**FUENTE FORMAL:** LEY 715 - ARTICULO 24 / LEY 715 - ARTICULO 111 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 67 / CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 188

**NORMA DEMANDADA:** DECRETO 1095 DE 2005 - ARTICULO 3 APARTE

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

**Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010).

**Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00122-00(2655-08)**

**Actor: FERNANDO RUIZ ACOSTA**

**Demandado: GOBIERNO NACIONAL**

Decide la Sala, en única instancia, la acción de **simple nulidad**, formulada por Fernando Ruiz Acosta contra el Gobierno Nacional.

## **LA DEMANDA**

**FERNANDO RUIZ ACOSTA**, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita al Consejo de Estado, declarar la nulidad del siguiente Acto Administrativo:

- El aparte del artículo 3º del Decreto No. 1095 del 11 de abril de 2005, expedido por el Ministerio de Educación Nacional, *“por el cual se reglamenta los artículo 6º, numeral 6.2.15, 7º numeral 7.15,15 y 24 de la Ley 715 de 2001 en lo relacionado con el ascenso en el Escalafón Nacional Docente, de los docentes y directivos docentes en Carrera que se rigen por el Decreto-Ley 2277 de 1979, y se dictan otras disposiciones.”*.

Las pretensiones de la demanda tienen fundamento en los hechos que se describen a continuación:

Luego de hacer una transcripción del artículo 24 de la Ley 715 de 2001, concluye que las Secretarías de Educación, han venido negando de manera sistemática el ascenso en el escalafón de los docentes, desconociendo el mandato legal y acogiendo el artículo 3º del Decreto No. 1095 de 11 de abril de 2005, por el cual, se exige para el ascenso del personal docente, que el título que se pretenda hacer valer, no haya sido utilizado para obtener otros beneficios, contraviniendo de esta manera el principio de irretroactividad de la norma, pues de ser aplicable el Decreto, éste requisito sólo podría exigirse con los títulos que se hubieren presentado para ascenso en vigencia del mismo y no los presentados con anterioridad al 11 de abril de 2005.

Así mismo refiere que las Secretarías de Educación, desconociendo los mandatos de la Constitución y los preceptos legales que obligan respetar el Estatuto Docente, han puesto dificultades a los docentes y negado el ascenso otorgado, no solo en la Ley 715 de 2001, sino en las normas anteriores.

## **NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

De la Constitución Política, los artículos 67 y 188.

La Ley 715 de 2001.

Para el demandante, si para beneficiarse de los ascensos del Escalafón Nacional Docente, mediante el Decreto No. 1095 de 2005 se imponen requisitos adicionales al docente, con ello el ejecutivo trasgrede la ley que pretende reglamentar. Como

soporte de la anterior afirmación cita la Sentencia de 10 de febrero de 2000 proferida por esta Sección, en el expediente No. 16716, providencia de la que fue ponente la Dra. Ana Margarita Olaya Forero, y en que se reprocha el intento de crear exigencias ajenas al legislador, en aquel caso en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

A juicio del demandante, el texto de la Ley 715 de 2001 no contempla como requisito para ascender en el Escalafón Nacional Docente, ninguna prohibición en relación con que el mismo título académico se utilice más de una vez para ascender en el escalafón Nacional Docente. Acontece que tal prohibición no existe en la ley, pero sí fue impuesta en el artículo 3º del Decreto Reglamentario No. 1095 de 2005, excediendo así la facultad reglamentaria del ejecutivo.

El ejecutivo incurrió en desviación de poder, al colocar requisitos que la ley no contempla para ascender en el Escalafón Nacional Docente.

### **LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDADA**

El Ministerio de Hacienda y Crédito y Crédito Público, se opuso a las pretensiones de la demanda, resistencia basada en los siguientes argumentos (Fls. 36 a 45):

El Decreto No. 1095 de 2005, además de reglamentar el artículo 24 de la Ley 715 de 2001, reglamentó los artículos 6.2.15 y 7.15 de la Ley 715 de 2001 y estableció el ámbito de aplicación en el artículo 1º.

El Decreto No. 1095 de 2005 es aplicable a los docentes escalafonados según lo dispuesto por el Decreto Ley 2277 de 1979, es decir, a quienes integran el sistema de clasificación de los educadores, de acuerdo con su preparación académica, experiencia docente y méritos reconocidos.

Para el Ministerio el artículo 3º del Decreto No. 1095 de 2005 que ha sido demandado, lejos de ser arbitrario obedece a la necesaria reglamentación de los artículos 6.2.15, 7.15 y 24 de la Ley 715 de 2001, aplicable a los docentes y directivos docentes que hayan sido escalafonados con sujeción al Decreto Ley No. 2277 de 1979.

El artículo 39 del Decreto Ley 2277 de 1979, Estatuto Docente, estableció que los educadores con título docente y los profesionales con título universitario diferente al de licenciado, que obtuvieren un título de postgrado en educación debidamente reconocido por el Gobierno Nacional u otro título universitario de nivel profesional en una carrera que ofrezca un mejoramiento académico dentro de su área de especialización, tendrán derecho a que se les reconozca (3) años de servicio para efectos de ascenso en el Escalafón.

Este artículo fue reglamentado por el artículo 13 del Decreto No. 259 de 1981, el cual fue modificado por el artículo 3° del Decreto No. 897 de 1981. A su vez, esta norma fue modificada por el Decreto No. 1059 de 1989, según el cual la aprobación de los estudios superiores, como requisitos para el mejoramiento académico, se definiría de acuerdo a los criterios fijados por el ICFES a través de un acuerdo.

El 12 de mayo de 2000, el ICFES emitió el Acuerdo 00005, por el cual se modificó parcialmente el Acuerdo 014 de 1999, teniendo en cuenta los fallos de la Corte Constitucional, y las Sentencias C-507 de 1997 5, C-300 de 1998 y la Sentencia del Consejo de Estado del 25 de febrero de 1999, que declaró la nulidad de los artículos 2°, 5° y 7° del Acuerdo No. 072 de 1989.

El Acuerdo 00005 de 2000 estableció en el inciso 3° del artículo 3° lo siguiente:

*"El título por el cual se obtenga el mejoramiento académico no podrá ser utilizado en el futuro para obtener nuevas promociones en el escalafón nacional docente."*

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Dr. Gustavo Aponte Santos, el 26 de julio de 2007, señaló que:

*"1. El título de postgrado que da lugar al reconocimiento del tiempo equivalente a tres años para el ascenso por efectos del mejoramiento académico, no puede ser posteriormente usado como el título de postgrado requerido por el artículo 10 del Decreto Ley 2277 de 1979 para ascender al grado 14 del Escalafón Nacional Docente.*

*2. El docente o directivo docente que haya utilizado el título de postgrado para ascender en el escalafón a través de la figura del mejoramiento académico, al llegar al grado 13 y querer ascender al grado 14, sólo podrá hacerlo mediante presentación de un título de postgrado diferente al que ya utilizó para un ascenso anterior o*

*mediante la autoría de una obra de carácter científico, pedagógico o técnico.*

*3. El título de postgrado en el que se ha sustentado un ascenso por mejoramiento académico, no puede ser utilizado nuevamente para ascender en el Escalafón Docente, ya sea para hacer valer el requisito del título o para el reconocimiento de tres años de servicio". (Subrayas fuera de texto).*

Por consiguiente, para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ningún título de postgrado que haya sido utilizado previamente como requisito para obtener beneficios por mejoramiento académico, podría ser tenido en cuenta como requisito para ascender al grado 14°, cualesquiera haya sido la fecha de homologación del título.

El Decreto No. 1095 de 2005, reglamentó los artículos 6° numeral 6.2.15, 7° numeral 7.15 y 24° de la Ley 715 de 2001, sin desconocer disposiciones sobre mejoramiento académico, ni crear nuevos requisitos, pues solamente resume las disposiciones contenidas en el artículo 39 del Decreto Ley 2277 de 1979, en el artículo 13 del Decreto 259 de 1981 y en el artículo 24 de la Ley 715 de 2001.

El artículo 3° del Decreto 1095 de 2005, al reglamentar el ascenso de los docentes y los directivos docentes en carrera, que se rigen por el Decreto 2277 de 1979, ratifica que *"El título por el cual se obtenga el reconocimiento por efectos del mejoramiento académico, no podrá ser utilizado posteriormente para nuevos ascensos en el Escalafón Nacional Docente"*.

Se refiere el Ministerio de Hacienda, al Acuerdo 00005 expedido por la Junta Directiva del ICFES, vigente desde el 12 de mayo de 2002, que en el numeral 3° del artículo 3°, estableció que el título por el cual se obtenga el mejoramiento académico, no podría ser utilizado en el futuro para obtener nuevas promociones en el Escalafón Nacional Docente. El párrafo del artículo 13 del Decreto No. 259 de 1981, estableció que el ICFES fijará periódicamente los criterios para la aplicación del artículo 39 del Decreto Ley 2277 de 1979.

Entonces, el docente que haya obtenido el reconocimiento de tres (3) años de servicio por mejoramiento académico, previsto en el artículo 39 del Decreto Ley 2277 de 1979, y haya hecho valer este título para el ascenso en el Escalafón, no podría utilizar nuevamente como requisito para ascender al grado 14 el título de posgrado ya

reconocido y con el cual antes había obtenido el reconocimiento por mejoramiento académico.

Pone de presente la parte demandada, que se requiere mérito para ascender en el Escalafón, por ello si el título de postgrado, con prescindencia de la fecha de expedición, fue utilizado por el docente para ascender en el escalafón, con ello legalmente agotó la equivalencia correspondiente y el mismo título no puede servir para un nuevo ascenso.

A juicio del Ministerio, el artículo 3° del Decreto No. 1095 de 2005 no confronta ninguna disposición legal o constitucional, como tampoco en la demanda se indican las razones por las cuales dichos textos se estiman violados. La acusación apenas suscita dudas sobre la constitucionalidad y conformidad legal del texto demandado, reparo que obedece solo a la interpretación que el actor otorga al acto demandado, más no estructura un auténtico cargo de ilegalidad o inconstitucionalidad.

A su vez, el Departamento Administrativo de la Función Pública, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda con apoyo en los siguientes argumentos (Fl. 53 a 57):

El Decreto No. 2277 de 1979, organizó la prestación del servicio público esencial de la educación, a través de la creación de un estatuto para el ejercicio de la profesión docente. Dicho estatuto, además de contemplar las condiciones generales para ejercer la docencia, distinguió entre educadores oficiales y no oficiales, luego estructuró el denominado Escalafón Nacional Docente, el cual conforme al artículo 8° del citado Decreto se entendió como el sistema de clasificación de los educadores de acuerdo con su preparación académica, experiencia docente y méritos reconocidos.

En consecuencia, el Escalafón Nacional Docente se estableció como un sistema de clasificación de los educadores para toda modalidad de docentes, ya sean estos del sector oficial o privado. Sin embargo, en cuanto al primer grupo de educadores, la inscripción en el Escalafón se convirtió en una condición *sine qua non*, para obtener los beneficios de acceso, la permanencia y regulación del retiro de la carrera docente.

Según esta entidad, en la carrera docente en el sector oficial, es necesaria la inscripción en el Escalafón Nacional Docente, la superación de las etapas en los procesos de selección o concurso, el nombramiento en propiedad y la toma de

posesión del cargo. Sin el cumplimiento de los anteriores requisitos, no se podrá acceder a la carrera docente, aun cuando se encontrara inscrito en el Escalafón Nacional.

La carrera docente otorga estabilidad, ascenso regulado y permanencia en la educación oficial, por medio de la oposición de méritos y la profesionalización de la actividad docente.

Con el propósito de adecuar las modificaciones realizadas por el Acto Legislativo No. 01 de 2001 al servicio público de educación, el Congreso mediante la Ley 715 de 2001, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República, para crear un nuevo régimen de carrera docente destinado a sustituir el Decreto No. 2277 de 1979, cuya denominación legal sería el Estatuto de Profesionalización Docente.

El Departamento Administrativo de la Función Pública, en cuanto a la potestad reglamentaria propia del Presidente de la República, invoca las sentencias de 23 de noviembre de 1984, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, M.P. Dr. Samuel Buitrago Hurtado, y C-805 de 2001, de la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

Para este demandado, el Decreto No. 1095 de 2005 no vulnera el artículo 24 de la Ley 715 de 2001, pues la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República, prevista en el artículo 189 numeral 11, no puede limitarse a la transcripción de los textos legales.

El Decreto No. 1095 de 2005 no se limitó a reglamentar el artículo 24 de la Ley 715 de 2001, sino que también lo hizo respecto de los artículos 6º, numeral 6.2.15, y 7 numeral 7.15 de la misma Ley 715 de 2001, razón por la cual el análisis de la legalidad propuesta por el actor, no puede limitarse al artículo 24 de la Ley 715 de 2001.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 3º del Decreto No. 1095 de 2005, del cual forma parte la expresión acusada en este proceso, fue derogada por el Decreto No. 241 de 2008, norma ésta sí vigente para la fecha de presentación de la demanda de nulidad promovida por el ciudadano Fernando Ruiz Acosta.

El Ministerio de Educación Nacional, en la contestación de la demanda expresó (Fl. 59 a 61) que la norma demandada ya no pertenece al ordenamiento, pues reglamentaba al artículo 24 de la Ley 715 de 2001 que, como se sabe, era una norma de carácter temporal y ya se extinguió el periodo de transición.

Expresaba la norma que *"Durante el periodo de siete años, comprendido entre enero 1º de 2002 y 30 de diciembre de 2008, el ascenso en el Escalafón de los docentes y directivos docentes, en carrera, se regirá por las siguientes disposiciones":*

*"En ningún caso se podrá ascender, a partir del grado séptimo en el escalafón, de un grado al siguiente y a ninguno posterior, sin haber cumplido el requisito de permanencia en cada uno de los grados. Sólo podrán homologarse los estudios de pregrado y postgrado para ascender hasta el Grado 10 del Escalafón Nacional docente, de acuerdo con las normas vigentes.*

*"El requisito de capacitación será en el área específica de desempeño o general según la reglamentación que para tal efecto señale el Gobierno Nacional.*

*"El tiempo de permanencia de los grados 11, 12 y 13 establecido en las disposiciones vigentes se aumenta en un año a partir de la vigencia de esta ley, y no será homologable.*

*"Los departamentos, distritos y municipios podrán destinar hasta un uno por ciento (1.0%) durante los años 2002 al 2005 y uno punto veinticinco (1.25%) durante los años 2006 al 2008, del incremento real de los recursos del sector, a financiar ascensos en el Escalafón, previo certificado de la disponibilidad presupuestal. Cualquier ascenso que supere este límite deberá ser financiado con ingresos corrientes de libre disposición de la respectiva entidad territorial, previa certificado de disponibilidad.*

*"Los docentes que laboran en aéreas rurales de difícil acceso podrán tener estímulos consistentes en bonificación, capacitación, y tiempo, entre otros, de conformidad con el reglamento que para la aplicación de este artículo expida el Gobierno Nacional.*

*"Parágrafo. El régimen de carrera de los nuevos docentes y directivos docentes que se vinculen, de manera provisional o definitiva, a partir de la vigencia de la presente ley, será el que se expida de conformidad con el artículo 111."*

Solicitó entonces denegar las pretensiones de la demanda.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

En la etapa de alegatos, las partes reiteraron básicamente los mismos argumentos planteados a lo largo de este proceso, especialmente en la demanda y en la réplica a las pretensiones (Fl. 81 a 95).

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó de la Sala se inhiba para pronunciarse sobre el fondo del asunto, con base en los siguientes argumentos: (Fls. 108 a 113).

A juicio del Ministerio Público, no hay interés actual que exija el pronunciamiento sobre la legalidad de la disposición acusada, como quiera que la norma demandada ya fue modificada por el Decreto No. 241 del 31 de enero de 2008, publicado en la misma fecha en el Diario Oficial 46.888. Aunque la nueva norma es reproducción de la anterior y presenta identidad esencial, en tanto prevé que ella "*quedará así*", la única norma hoy vigente es el Decreto No. 241 de 2008, no demandado en este proceso, por tanto, carece de objeto actual pronunciarse sobre la disposición acusada ya modificada.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

El problema jurídico del que enseguida se ocupa el Consejo de Estado, concierne a determinar: **1.** Si es posible decidir sobre la nulidad de una norma derogada, **2.** Sobre la cosa juzgada y **3.** Si el ejecutivo tenía competencia para expedir el acto o si por el contrario excedió la potestad reglamentaria al expedir el Decreto No. 1095 de 2005, que en el inciso 3°, del artículo 3°, estableció la prohibición de que un título académico usado para obtener un mejoramiento académico, pudiera ser de nuevo usado para ascender en el Escalafón Nacional Docente.

La nulidad pedida se limita a la parte subrayada del Decreto 1095, que es del siguiente tenor:

**“DECRETO 1095 DE 2005**

**(abril 11)**

**por el cual se reglamenta los artículos 6°, numeral 6.2.15, 7° numeral 7.15 y 24 de la Ley 715 de 2001 en lo relacionado con el ascenso en el Escalafón Nacional Docente, de los docentes y directivos docentes en Carrera que se rigen por el Decreto-ley 2277 de 1979, y se dictan otras disposiciones**

**EL MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA DELEGATARIO,**

**de funciones presidenciales mediante Decreto número 963 del 30 de marzo de 2005, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,**

**DECRETA:**

**Artículo 1º.** *Ámbito de aplicación.* El presente decreto se aplica a los docentes y directivos docentes en carrera escalafonados de acuerdo con el Decreto-ley 2277 de 1979 que se financian con recursos del Sistema General de Participaciones, y por el período comprendido entre el 1º de enero de 2002 y el 30 de diciembre de 2008.

(...)

**Artículo 3º.** *Requisitos para ascender en el Escalafón.* De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2277 de 1979, la Ley 115 de 1994, el Decreto 709 de 1996, la Sentencia de la Corte Constitucional 507 de 1997 y la Ley 715 de 2001, para ascender en el Escalafón Nacional Docente los docentes y directivos docentes en carrera deben acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

(...)

*A partir del grado séptimo, el docente o directivo docente debe haber cumplido el requisito de permanencia en el grado inmediatamente anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 10 del Decreto-ley 2277 de 1979 y 24 de la Ley 715 de 2001.*

*Sólo podrán homologarse los estudios de Pregrado y Postgrado, reconocidos por el Gobierno Nacional de conformidad con lo establecido en la Ley 30 de 1992, para ascender hasta el grado 10 del Escalafón Nacional Docente. **El título por el cual se obtenga el reconocimiento por efectos del mejoramiento académico, no podrá ser utilizado posteriormente para nuevos ascensos en el Escalafón Nacional Docente.***

*La fecha correspondiente al cumplimiento del requisito de permanencia en el grado inmediatamente anterior quedará especificada en el acto administrativo de ascenso, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 5° del presente decreto.*

***Publíquese y cúmplase.***

***Dado en Bogotá, D. C., a 11 de abril de 2005”.***

## **1. Sobre la posibilidad de juzgar la legalidad de una norma derogada.**

Acorde con la Jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>1</sup>, sí es posible, a pesar de la derogación del precepto enjuiciado, acometer su juzgamiento en sede Contenciosa Administrativa, por vía de la acción de nulidad, por cuanto dada la presunción de legalidad de que estuvo revestido durante su vigencia el acto, bien pudo haber producido efectos jurídicos. Además, la norma fue reproducida con idéntico contenido<sup>2</sup>. De allí que la Sala asuma el examen del acto impugnado, a pesar de que fue subrogado por otra norma.

## **2. Sobre la Cosa Juzgada.**

En el pasado, otros textos normativos, que guardan identidad esencial con el que aquí se demanda, fueron enjuiciados ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por lo cual es menester determinar si opera en este caso el instituto de la Cosa Juzgada. A juicio de la Sala, la existencia de un fallo anterior sobre el mismo texto normativo, no inhibe en todos los casos un nuevo pronunciamiento. Así, cuando la decisión

---

<sup>1</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Sentencia de 14 de septiembre de 2000, Radicación No. 6129, Actor: Edgar Eduardo Cortes Prieto. Referencia: Autoridades Nacionales.

<sup>2</sup> Decreto No. 241 de 31 de enero de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 46.888.

anterior hubiere declarado la nulidad del acto, si éste fuera reproducido, se iría contra la cosa juzgada que prohíbe repetir el contenido material de los actos declarados nulos, mientras subsistan vigentes las disposiciones legales o constitucionales que dieron lugar a la declaración de nulidad.

De otro lado, puede ser que el acto administrativo demandado reproduzca el contenido material de otro que ya se juzgó como ajustado al ordenamiento, pero que este segundo acto, aunque de idéntico contenido sea expedido por un órgano diferente, caso en el cual sí sería posible una nueva demanda, pero para examinar el tema de la competencia.

**2.1.** En el presente caso, en la sentencia de 20 de mayo de 2003 el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Radicación número: 11001 03240002001 0013801, Actor: Carlos Felipe Manuel Remolina Botía y otros, negó la nulidad pedida respecto del Acuerdo No. 014 de 13 de diciembre de 1999, modificado por el Acuerdo No. 005 de 2000 de la Junta Directiva del ICFES, como respuesta a una acción en la que se dijo que habían sido violados directamente los artículos 39 del Decreto 2277 de 1979; 6°, numeral 5° del Decreto 2662 de 1999; 8°, párrafo, del Decreto 259 de 1981 modificado por el artículo 1° del Decreto 1059 de 1989 y 6° de la Ley 60 de 1993, e indirectamente los artículos 1, 2, 25, 53 y 125 de la Constitución Política.

Allí se planteó la excepción de cosa juzgada en virtud de que el artículo 3°, numeral 3°, del Acuerdo 005 de 2000, ya había sido para entonces declarado ajustado al ordenamiento jurídico, mediante la sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente No. 6129, Consejero Ponente Doctor Juan Alberto Polo Figueroa, pues la estructura de la norma demandada en aquél entonces, era idéntica a la que ocupaba la nueva acusación.

Dijo el Consejo de Estado en el fallo de 20 de mayo de 2003, que también trató de la cosa juzgada, y se la aplicó parcialmente con referencia a la Sentencia de 14 de septiembre de 2000:

*"2. El objeto de la demanda. De dicho acuerdo se pide la nulidad de su artículo 3°, numeral 3°, según modificación que le hizo el artículo 2 del Acuerdo núm. 005 de 12 de mayo de 2000, de la misma Junta Directiva del ICFES, cuyo texto a la letra dice:*

*"Artículo 3°. Criterios generales para determinar la procedencia del mejoramiento académico. "Para determinar si el título obtenido en un programa*

académico de educación superior implica mejoramiento académico en los términos del artículo 39 del Decreto 2277 de 1979 y demás normas que lo complementan y/o reglamentan, la respectiva Junta Seccional de Escalafón, tendrá en cuenta los siguientes aspectos:

(...)

**"3. El título por el cual se obtenga el mejoramiento académico no podrá ser utilizado en el futuro para obtener nuevas promociones en el escalafón docente".**

3. La excepción de cosa juzgada.

La demandada propone la excepción de cosa juzgada por considerar que esta Sala, en el proceso ya referenciado, falló una demanda contra el artículo 3º, numeral 3º, del Acuerdo Núm. 014 de 1999 cuya estructura es idéntica a la disposición ahora enjuiciada.

Al respecto se tiene que la misma, antes de su modificación aquí atacada, señalaba:

Artículo 3º. Criterios generales para determinar la procedencia del mejoramiento académico. Para determinar si el título obtenido en un programa académico de educación superior implica mejoramiento académico en los términos del artículo 39 del decreto 2277 de 1.979 y demás normas que lo complementan y/o reglamentan, la respectiva Junta Seccional de Escalafón, tendrá en cuenta los siguientes aspectos:

**3. "El título por el cual se obtenga el mejoramiento académico no podrá haber sido utilizado para ingresar o ascender en el escalafón docente y tampoco podrá ser utilizado en el futuro para obtener nuevas promociones".**

Confrontados los textos se observa que ciertamente contienen la misma disposición limitante en el sentido de señalar que el título por el cual se obtenga un mejoramiento académico no podrá ser utilizado en el futuro para obtener nuevas promociones, las cuales se entienden referidas al escalafón docente, de modo que la diferencia es meramente de redacción, en cuanto la norma ahora sub júdice se formula de modo más directo y concreto.

Sin embargo, esa identidad dispositiva sobre el punto no es suficiente para que se configure la cosa juzgada, puesto que la misma ocurre cuando se da la identidad de causa petendi en ambos casos.

Esa situación se presenta en este caso sólo respecto de algunos cargos de las demandas aquí interpuestas, ya que en ellas se invocan como violadas otras normas superiores que no lo fueron en la que dio lugar al fallo en comento.

En efecto, en la ya decidida se invocaron como violados los artículos 10 Y 39 del Decreto Ley 2277 de 1979 y 13 del Decreto 259 de 1981, normas que también se invocan como violadas en las demandas del sub lite, por razones similares, cuya idea central es la de que hubo exceso en la facultad reglamentaria respecto de la norma reglamentada, o sea, el artículo 39 del primer decreto citado. Sobre la violación de esos preceptos se dijo:

(...)

De modo que con relación a los cargos de violación de los artículos 39 del Decreto 2277 de 1979 y 13 del Decreto 259 de 1981 se presenta cosa juzgada por cuanto las razones en que se fundan fueron sustancialmente la mismas dilucidadas en esa sentencia, por lo cual se declarará probada la excepción así planteada pero sólo respecto de esos artículos, luego se han de dirimir los demás cargos."

4. Examen de los cargos restantes

4.1. Violación de los artículos 125, inciso 3º, Y 150 de la Constitución Política, 10 del Decreto Ley 2277 de 1979; 1º del Decreto 217 de 2000 que modifica el artículo 8 del Decreto 259 de 1981, porque la norma acusada fue adoptada sin competencia ya que los requisitos para ascender en los cargos de carrera le corresponde fijarlos al legislador.

(...)

*4. 2. Violación directa de los artículos 6º, numeral 5, del Decreto 2662 de 1999; 8º, párrafo, del Decreto 259 de 1981 modificado por el artículo 1º del Decreto 1059 de 1989 y 6º de la Ley 60 de 1993, e indirecta de los artículos 1, 2, 25, 53 Y 125 de la Constitución Política, en cuanto la norma acusada modificó el régimen de carrera de los docentes creando una prohibición no contenida en norma anterior, sin que la Junta Directiva del ICFES esté autorizado para ello. Atendidas la similitud de las razones de este cargo y del antes examinado, vale decir que sirven las consideraciones atrás expuestas para despacharlo en igual sentido, pues quedó precisado que la norma acusada no contiene regulación alguna de la carrera de los docentes, sino de los criterios para determinar la procedibilidad del mejoramiento académico para ascenso en el escalafón docente por título de postgrado.*

*El cargo, por ende, tampoco prospera.”.*

No hay duda entonces sobre la identidad normativa entre las disposiciones del Acuerdo No. 14 de 1999 expedido por la Junta Directiva del ICFES, juzgado favorablemente en la Sentencia de 14 de septiembre de 2000 y el Acuerdo No. 005 de 2000, originado en la misma Junta Directiva que en la Sentencia de 20 de mayo de 2003 superó el examen de legalidad que sobre él se hizo. Así mismo, es de resaltar que hay identidad básica entre los Acuerdos Números 14 y 005, y el Decreto 1095 de 11 de abril de 2005, sobre el que se emite la presente decisión.

No obstante, en los fallos de 14 de septiembre de 2000 y 20 de mayo de 2003, se rechazó la acusación de nulidad contra aquellos actos de la Junta Directiva del ICFES, la excepción de cosa juzgada solo cubriría parcialmente la acusación, pues el órgano que expidió los Acuerdos 14 y 005, Junta Directiva del ICFES, no es el mismo, en tanto el Decreto hoy demandado fue expedido por el Gobierno Nacional, en consecuencia en los fallos anteriores no se efectuó, porque no podía hacerse, ningún análisis sobre la competencia del Gobierno Nacional para expedir el Decreto que ahora se enjuicia.

### **3. Sobre la competencia y la potestad reglamentaria.**

En el presente caso se ha planteado que la materia objeto de reglamentación es asunto reservado al legislador. En lo que respecta a esta concreta materia, basta con decir que de ella ya se ocupó el Consejo de Estado en la Sentencia de 20 de mayo de 2003, pues en dicho fallo se respondió la acusación que se hacía sobre que *“la norma acusada fue adoptada sin competencia ya que los requisitos para ascender en los cargos de carrera le corresponde fijarlos al legislador”*, es decir, la acusación que en aquella ocasión se hizo sobre este preciso aspecto, es idéntica a la de ahora, y a ella respondió el Consejo de Estado que el Acuerdo No. 005 de 2000 no establecía

requisitos para ascenso, y por lo mismo lo declaró ajustado al ordenamiento, lo cual excluye decidir ahora si el asunto está reservado al legislador, por lo que respecto de éste preciso aspecto ya se había pronunciado la Corporación. De otro lado, no hay duda sobre si la Junta Directiva del ICFES podía proveer esa norma reglamentaria, nada impediría que ella fuera reproducida en su contenido esencial, ya no por Acuerdo del ICFES, sino mediante Decreto Reglamentario expedido por el poder Ejecutivo.

**3.1.** Como en el presente caso se acusa la violación de los artículo 67 y 188 de la Constitución Política, y el artículo 24 de la Ley 715 de 2001, y respecto de esas normas no se ha pronunciado esta Corporación, se abordará su examen.

Ha planteado el demandante que las autoridades administrativas han dado una aplicación retroactiva al Decreto demandado, para negar los ascensos. No obstante, si tal cosa ha sucedido su juzgamiento correspondería a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos concretos que hayan negado dichos ascensos. Adicionalmente, no es de recibo el argumento de la retroactividad, pues el acto demandado es reproducción de normas anteriores de idéntico contenido a cuyo amparo se regulaban las situaciones de ascenso y que igualmente excluían la posibilidad de que un título fuera usado dos veces para obtener beneficios económicos. No prospera entonces por este aspecto la acusación.

En lo que atañe a la violación de los artículos 67 y 188 de la Constitución Política, el demandante no desarrolla en absoluto la acusación, es decir no señala con explicitud de qué manera el decreto demandado podría violar las reglas constitucionales citadas. Como la Jurisdicción Contencioso Administrativa es rogada, no podría el Consejo de Estado abonar los argumentos que el demandante no planteó para examinar la conformidad del acto demandado con la constitución. Se sigue de lo anterior que la demanda no es idónea y que por este aspecto se inhibirá la Corporación de decidir este aspecto de la acusación.

En punto de la violación de los artículos 189 de la Carta y 24 de la Ley 715 de 2001, planteada bajo el argumento de que se excedió la potestad reglamentaria, al exigir requisitos diferentes a los consagrados en la ley reglamentada, es de ver que en las

sentencias anteriores sobre la materia no hubo pronunciamiento acerca de este preciso aspecto y por lo mismo no hay cosa juzgada que inhiba la decisión.

Ahora bien, antes de decidir es menester recordar lo que dispone el artículo 24 de la Ley 715 de 2001, que es del siguiente tenor:

*“Durante el período de siete años, comprendido entre enero 1o. de 2002 y 30 de diciembre de 2008, el ascenso en el escalafón de los docentes y directivos docentes, en carrera, se regirá por las siguientes disposiciones:*

*En ningún caso se podrá ascender, a partir del grado séptimo en el escalafón, de un grado al siguiente y a ninguno posterior, sin haber cumplido el requisito de permanencia en cada uno de los grados. Solo podrán homologarse los estudios de pregrado y posgrado para ascender hasta el grado 10 del escalafón nacional docente, de acuerdo con las normas vigentes.*

*El requisito de capacitación será en el área específica de desempeño o general según la reglamentación que para tal efecto señale el Gobierno Nacional.*

*El tiempo de permanencia de los grados 11, 12 y 13 establecido en las disposiciones vigentes se aumenta en un año a partir de la vigencia de esta ley, y no será homologable.*

*Los departamentos, distritos y municipios podrán destinar hasta un uno por ciento (1.0%) durante los años 2002 al 2005 y uno punto veinticinco (1.25%) durante los años 2006 al 2008, del incremento real de los recursos del sector, a financiar ascensos en el escalafón, previo certificado de la disponibilidad presupuestal. Cualquier ascenso que supere este límite deberá ser financiado con ingresos corrientes de libre disposición de la respectiva entidad territorial, previo certificado de disponibilidad.*

*Los docentes que laboran en áreas rurales de difícil acceso podrán tener estímulos consistentes en bonificación, capacitación, y tiempo, entre otros, de conformidad con el reglamento que para la aplicación de este artículo expida el Gobierno Nacional.*

*PARÁGRAFO. El régimen de carrera de los nuevos docentes y directivos docentes que se vinculen, de manera provisional o definitiva, a partir de la vigencia de la presente ley, será el que se expida de conformidad con el artículo 111.”*

Como se aprecia, el párrafo del artículo 24 de la Ley 715 de 2001, se refiere a los nuevos docentes y en él se alude a las facultades conferidas al Ejecutivo Nacional, en el artículo 111 de la Misma Ley. Revisado el alcance de esas facultades, se aprecia que en el artículo 111, se otorgan al Presidente de la República precisas facultades

extraordinarias por el término de seis (6) meses, para: *“expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que ingresen a partir de la promulgación de la presente ley, que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias y con los recursos.”*

Entonces, como las normas jurídicas que se dicen desconocidas o violadas, no tratan ni remotamente del valor de los títulos académicos, ni establece permisión o prohibición a ese respecto, no podría el Decreto Reglamentario violarlas de ningún modo. No prospera entonces la acusación que se hace.

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

## **FALLA**

**DECLÁRASE** probada de oficio la excepción de inepta demanda, frente al cargo en cuanto a que el Decreto demandado viola los artículos 67 y 188 de la Constitución Política, y en consecuencia, **INHÍBASE** la Sala de efectuar un pronunciamiento de fondo sobre este aspecto.

**NIÉGASE** las pretensiones de la demanda de nulidad del aparte del artículo 3º del Decreto No. 1095 del 11 de abril de 2005, expedido por el Ministerio de Educación Nacional, *“por el cual se reglamenta los artículo 6º, numeral 6.2.15, 7º numeral 7.15,15 y 24 de la Ley 715 de 2001 en lo relacionado con el ascenso en el Escalafón Nacional Docente, de los docentes y directivos docentes en Carrera que se rigen por el Decreto-Ley 2277 de 1979, y se dictan otras disposiciones.”*.

Cópiese, notifíquese y, archívense las presentes actuaciones. Cúmplase.

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

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE**

**GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PÁEZ**

**ALFONSO VARGAS RINCON LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

**NORMA DEMANDADA: DECRETO 1095 DE 2005 ARTICULO 3 APARTE**