

**ASCENSO EN EL ESCALAFÓN DOCENTE - Reconocimiento no puede ser supeditado a la suficiencia de recursos / RECONOCIMIENTO DE DERECHOS - Es una actuación jurídica diferente al pago de los derechos reconocidos / DOCENTE - La administración tiene la obligación de reconocer el ascenso en el escalafón cuando éstos acrediten sus requisitos**

A juicio del actor la norma acusada no puede impedir los ascensos docentes cuando no existan recursos disponibles para financiarlos, pues una norma no puede promulgar un derecho y al mismo tiempo limitarlo, contrariando así los artículos 2, 23, 25, y 53 de la Constitución Política. Es de resaltar que la Corte Constitucional con ocasión de la acción pública de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 6 (parcial), 7 (parcial) y 21 (parcial) de la Ley 715 de 2001, abordó el tema de la disponibilidad presupuestal para efectos del reconocimiento de ascenso en el escalafón y advirtió lo siguiente (C-423/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa): (...) *“6.5.2. El docente que cumpla los requisitos constitucionales y legales en el régimen de carrera docente, en virtud de las normas vigentes tiene derecho a solicitar el ascenso, a que se le conteste oportunamente y a que se le reconozca el ascenso si reúne los requisitos. 6.5.3. Dicho reconocimiento no puede ser supeditado a la suficiencia de recursos con destino a la educación que debieron ser apropiados en el Sistema General de Participaciones para la correspondiente vigencia fiscal. De esta manera, cada año las autoridades competentes han de calcular los ascensos que serán reconocidos en la vigencia próxima, y deben apropiar los recursos de participación para educación suficientes para dicho fin. Esto, partiendo del supuesto de que existe racionalidad en la planeación del gasto.* Consideró entonces, la Corte Constitucional, que la existencia o no de recursos económicos que aseguren el pago efectivo del derecho reclamado no puede constituirse en un prerrequisito adicional ni en obstáculo para obtener tal reconocimiento. La Sala comparte la anterior consideración, dado que el reconocimiento de los derechos son actuaciones jurídicas diferentes al efectivo pago de los derechos reconocidos. Frente a los ascensos en el escalafón docente habrá que decir que la administración tiene la obligación de reconocer, mediante acto administrativo, el derecho reclamado por los docentes cuando éstos acrediten solamente el cumplimiento de todos los requisitos señalados en el Decreto 2277 de 1979, sin que sea necesario verificar si existe o no disponibilidad presupuestal, pues éste último condicionamiento solo se requiere para su pago. En consecuencia, el aparte demandado deberá ser declarado nulo por contrariar abiertamente las disposiciones constitucionales citadas en la demanda, en especial, el artículo 23 de la Constitución Política.

**DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - No es prerrequisito para el reconocimiento de ascenso docente – GASTO PUBLICO – Principio de legalidad**

Es de resaltar que la Corte Constitucional con ocasión de la acción pública de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 6 (parcial), 7 (parcial) y 21 (

parcial) de la Ley 715 de 2001, abordó el tema de la disponibilidad presupuestal para efectos del reconocimiento de ascenso en el escalafón y advirtió lo siguiente (C-423/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa): (i) Las autoridades, tras la solicitud del interesado, han de proceder a reconocer el ascenso en el escalafón, pero (ii) las consecuencias fiscales del mismo se postergan. (iii) Dicha postergación no es indefinida. Las autoridades han de procurar que sea lo más breve posible. Para el efecto, la Corte fija una máximo de tiempo de una vigencia fiscal. (iv) Una vez exista disponibilidad presupuestal, los efectos fiscales del reconocimiento del ascenso comienzan a partir del acto de reconocimiento del derecho, no desde la existencia de la disponibilidad. En el caso presente, el reconocimiento se hace en una vigencia pasada, para la cual se han debido prever los recursos para financiar el correspondiente ascenso en el escalafón. (v) El administrador tiene como título para hacer el mencionado reconocimiento la ley aplicable, unida a esta sentencia. Además, su comportamiento no vulnera el principio de legalidad del gasto público puesto que sólo cuando exista la disponibilidad presupuestal, las consecuencias fiscales del reconocimiento surtirán efectos de manera retroactiva al día en que se expidió el acto de reconocimiento del derecho dentro de la carrera docente.

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

**CONSEJERA PONENTE: ANA MARGARITA OLAYA FORERO**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil siete (2007)

**Exp: 110010325000200500116-00 (5108-05)**

**ACCION DE NULIDAD - Decreto del Gobierno**

**Actor: JAIRO ALBERTO BAQUERO PRADA**

El señor Jairo Alberto Baquero Prada solicita a esta Corporación la nulidad por inconstitucionalidad de la expresión “previa disponibilidad presupuestal” contenida en el artículo 2º, del Decreto 1095 del 11 de abril de 2005, expedido por el Gobierno Nacional *“por el cual se reglamenta los artículos 6º, numeral 6.2.15, 7º 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 “.*

Afirma el actor que el Gobierno Nacional incurrió en violación de los artículos 2, 23, 25, y 53 de la Constitución política, cuando condicionó el trámite de solicitudes de ascenso al Escalafón Nacional Docente a “previa disponibilidad presupuestal”.

Señala que la expresión acusada limita el derecho que tiene toda persona a hacer peticiones respetuosas y a que se resuelvan de fondo, pues el hecho de que exista o no disponibilidad presupuestal no depende del administrado sino del Estado, quien debe prever al momento de expedir una norma que ésta exista en el presupuesto general. Agrega que el derecho de petición es un derecho fundamental que no puede ser limitado, sino que es deber de las autoridades resolverla de fondo y rápidamente, sin condición alguna.

Indica que la norma acusada hace ilusorio el ascenso al escalafón, impidiendo que se mejore la eficiencia en el servicio educativo y además la calidad de vida de los docentes.

Dice que la expresión acusada viola el Derecho al trabajo, pues para la protección del mismo las autoridades deben fomentar y promover conductas positivas que garanticen la estabilidad y justicia, a través de condiciones normativas que respeten los derechos de los trabajadores y no le carguen aspectos que no le corresponden para el reconocimiento de un derecho determinado creado por la norma.

Por último expresa que el creador de una norma no puede promulgar un derecho y al mismo tiempo limitarlo.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Ministerio de Educación al contestar la demanda manifiesta que la norma acusada no desconoce las normas constitucionales invocadas por el demandante, ni tampoco desconoce la ley que la reglamenta, esto es, la Ley 715 de 2001, pues esta consagra la disponibilidad presupuestal como uno de los requisitos previos para el trámite de los ascensos en el Escalafón Nacional.

Igualmente anotó el Ministerio que el concepto de violación esgrimido por el demandante carece de fundamento jurídico, en razón a que la misma Carta Política establece la legalidad del gasto público en su artículo 345, como un instrumento protector que establece el no efectuar erogaciones con cargo al tesoro que no se encuentren incluidas en el presupuesto.

Finalmente aclaró que con la norma acusada no se están desconociendo los derechos de los docentes para el ascenso en el escalafón, solo que el ascenso esta sujeta a una serie de requisitos que fueron reglamentados por ley y con el Decreto acusado.

## **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, consideró que le asiste razón al demandante al pretender la declaración de nulidad de la expresión acusada.

Luego de hacer un análisis normativo y jurisprudencial manifestó que la expresión demandada desconoce la Carta Política, dado que la exigencia de la disponibilidad presupuestal como requisito previo para tramitar la solicitud de ascenso limita el derecho de los docentes para su promoción en el escalafón.

Dice que quien eleve dicha solicitud sólo debe cumplir con los requisitos Constitucionales y legales estipulados en el régimen de carrera docente, y si bien es cierto que la disponibilidad presupuestal debe existir para garantizar el pago de nuevos salarios, la misma no puede condicionar su trámite.

Concluye que si una solicitud de ascenso en el escalafón es presentada cuando no exista la disponibilidad presupuestal, en todo caso debe tramitarse y si el peticionario reúne los requisitos de ley para el ascenso, el derecho debe ser reconocido con carácter declarativo, debiendo la autoridad

competente apropiar los recursos a mas tardar en la siguiente vigencia fiscal para asegurar el pago del aumento con efecto retroactivo al momento del reconocimiento del derecho.

## CONSIDERACIONES

El texto de la disposición objeto de la demanda, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial N° 45.877 del 12 de abril de 2005, es el siguiente (se destaca el aparte demandado):

*Decreto Número 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 “.*

*(.....)*

*“2°. Trámite de las solicitudes de ascenso. Las solicitudes de ascenso presentadas ante la repartición organizacional determinada por la entidad territorial certificada, en la cual se encuentra laborando el docente, o directivo docente. Serán tramitadas, **previa disponibilidad presupuestal**, en estricto orden de radicación.*

*Si verificada la solicitud de ascenso, cumple con los requisitos establecidos, la decisión de ascenso en el Escalafón Nacional Docente será adoptada mediante resolución motivada en la que conste el cumplimiento de todos los requisitos. Las solicitudes de ascenso presentadas por los docentes o directivos docentes serán resueltas dentro de los sesenta (60) días siguientes a su presentación.*

*Si faltan documentos o estos no cumplen todos los requisitos exigidos para cada caso, la solicitud será devuelta en un tiempo máximo de dos (2) meses, mediante oficio y con indicación del motivo. En este caso, el término de los sesenta (60) días para resolver la solicitud de ascenso empezará a contar a partir de la radicación de los documentos que corrigen la deficiencia observada.*

*Parágrafo. Las solicitudes de ascenso radicadas con anterioridad al 1º de enero de 2002 y que cumplan los requisitos establecidos en la legislación vigente anterior a la expedición de la Ley 715 de 2001, serán resueltas de conformidad con las normas vigentes al momento de la presentación de la solicitud. Aquellas solicitudes de ascenso radicadas con posterioridad al 1º de enero de 2002 serán resueltas de conformidad con lo establecido en el presente decreto.*

Como se observa la norma acusada condiciona el trámite de las solicitudes de los ascensos en el escalafón de la carrera docente a la disponibilidad presupuestal respectiva.

A juicio del actor la norma acusada no puede impedir los ascensos docentes cuando no existan recursos disponibles para financiarlos, pues una norma no puede promulgar un derecho y al mismo tiempo limitarlo, contrariando así los artículos 2, 23, 25, y 53 de la Constitución Política.

Es de resaltar que la Corte Constitucional con ocasión de la acción pública de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 6 (parcial), 7 (parcial) y 21 (parcial) de la Ley 715 de 2001, abordó el tema de la disponibilidad presupuestal para efectos del reconocimiento de ascenso en el escalafón y advirtió lo siguiente (C-423/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa):

(...)

*“6.5.2. El docente que cumpla los requisitos constitucionales y legales en el régimen de carrera docente, en virtud de las normas vigentes tiene derecho a solicitar el ascenso, a que se le conteste oportunamente y a que se le reconozca el ascenso si reúne los requisitos.*

*6.5.3. Dicho reconocimiento no puede ser supeditado a la suficiencia de recursos con destino a la educación que debieron ser apropiados en el Sistema General de Participaciones para la correspondiente vigencia fiscal. De esta manera, cada año las autoridades competentes han de calcular los ascensos que serán reconocidos en la vigencia próxima, y deben apropiar los recursos de participación para educación suficientes para dicho fin. Esto, partiendo del supuesto de que existe racionalidad en la planeación del gasto.*

*6.5.4. La Constitución ordena que en la formulación de políticas públicas, así como en su implementación y evaluación, se incorpore específicamente el goce efectivo de los derechos y principios constitucionales, lo cual no impide que las autoridades competentes democráticamente elegidas fijen prioridades y definan, dentro de los márgenes de configuración que les son propios, el contenido de tales políticas públicas.*

*6.5.5 Ahora bien, se pueden presentar situaciones en las cuales la administración de los ascensos docentes por las autoridades se haga, erradamente, en contravía de la garantía superior de la “profesionalización y dignificación de la actividad docente.” **Por ejemplo, como se señaló en el apartado 5, en la jurisprudencia de tutela de esta Corte, se ha establecido que las autoridades han de respetar el derecho de los docentes a solicitar el ascenso, y que dicha petición debe ser solucionada de fondo, de manera oportuna, de acuerdo con las normas vigentes, sin supeditar el reconocimiento del ascenso al cumplimiento de requisitos adicionales que escapan a la voluntad, a los méritos y las calidades de quien pide ser ascendido porque considera que tienen derecho a progresar en su carrera docente.**<sup>1</sup> No obstante, puede*

---

<sup>1</sup> En sede de tutela, en la sentencia T-546 de 2002 la Sala Octava de Revisión (MP Álvaro Tafur Galvis) resolvió una acción de tutela presentada por un docente a quien una Gobernación no había resuelto un derecho de petición solicitando el ascenso. Al decidir el caso, la Sala se refirió a la relación entre el reconocimiento de un derecho y la disponibilidad presupuestal: “[P]ara la Corte es claro que si bien no debe producirse erogación alguna por parte del Estado con cargo al tesoro público si no existe la correspondiente provisión presupuestal,<sup>1</sup> de ésta no depende la decisión administrativa sobre el derecho que puede tener una docente al ascenso en el escalafón. Por ello, en el asunto examinado, la solicitante tenía derecho, con base en el artículo 23 de la Constitución a que la Junta de Escalafón Docente



*darse un error de planeación, a partir del cual no se prevean los recursos suficientes dentro de una vigencia fiscal para el reconocimiento de todos los ascensos de los docentes que cumplan los requisitos de ley. Podría entonces presentarse un ascenso para el cual no se hayan, excepcionalmente por imprevisión, apropiado recursos.*

*En dicho caso, la Corte, para armonizar los principios que podrían llegar a colisionar, estima lo siguiente:*

*(i) Las autoridades, tras la solicitud del interesado, han de proceder a reconocer el ascenso en el escalafón, pero (ii) las consecuencias fiscales del mismo se postergan. (iii) Dicha postergación no es indefinida. Las autoridades han de procurar que sea lo más breve posible. Para el efecto, la Corte fija una máximo de tiempo de una vigencia fiscal. (iv) Una vez exista disponibilidad presupuestal, los efectos fiscales del reconocimiento del ascenso comienzan a partir del acto de reconocimiento del derecho, no desde la existencia de la disponibilidad. En el caso presente, el reconocimiento se hace en una vigencia pasada, para la cual se han debido prever los recursos para financiar el correspondiente ascenso en el escalafón. (v) El administrador tiene como título para hacer el mencionado reconocimiento la ley aplicable, unida a esta sentencia. Además, su comportamiento no vulnera el principio de legalidad del gasto público puesto que sólo cuando exista la disponibilidad presupuestal, las consecuencias fiscales del reconocimiento surtirán efectos de manera retroactiva al día en que se expidió el acto de reconocimiento del derecho dentro de la carrera docente.*

(...) (Negrilla fuera de texto)

Consideró entonces, la Corte Constitucional, que la existencia o no de recursos económicos que aseguren el pago efectivo del derecho reclamado no puede constituirse en un prerrequisito adicional ni en obstáculo para obtener tal reconocimiento.

---

*resolviera sin demora, es decir dentro del término de sesenta días previsto para ello su solicitud de ascenso en el Escalafón Docente.” No obstante, en la enorme mayoría de ocasiones en que las Salas de Revisión de la Corte Constitucional han ordenado responder las peticiones de ascenso en el escalafón, el fundamento para ello ha sido la violación del derecho de petición, sin que la respectiva Sala se pronuncie acerca de cuestiones presupuestales.*

La Sala comparte la anterior consideración, dado que el reconocimiento de los derechos son actuaciones jurídicas diferentes al efectivo pago de los derechos reconocidos.

Frente a los ascensos en el escalafón docente habrá que decir que la administración tiene la obligación de reconocer, mediante acto administrativo, el derecho reclamado por los docentes cuando éstos acrediten solamente el cumplimiento de todos los requisitos señalados en el Decreto 2277 de 1979, sin que sea necesario verificar si existe o no disponibilidad presupuestal, pues éste último condicionamiento solo se requiere para su pago.

En otros términos, la falta de disponibilidad presupuestal es una situación totalmente ajena para el reconocimiento de los derechos de los eventuales peticionarios titulares de los mismos. Por tanto, no es dable supeditar el reconocimiento de sus derechos a la existencia o no los recursos económicos que aseguren su posterior pago.

En consecuencia, el aparte demandado deberá ser declarado nulo por contrariar abiertamente las disposiciones constitucionales citadas en la demanda, en especial, el artículo 23 de la Constitución Política.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**F A L L A**

**DECLARASE** la nulidad de la expresión “**previa disponibilidad presupuestal**” contenida en el primer inciso del artículo segundo del Decreto 1095 de 2005, por las razones expuestas en el cuerpo de esta providencia.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

**ANA MARGARITA OLAYA FORERO**

**ALBERTO ARANGO MANTILLA**

**JESÚS MARIA LEMOS BUSTAMANTE**

**JAIME MORENO GARCIA**

**ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO**

**BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ**

Expediente: 2005 00116-00 (5108-05)  
Actor: JAIRO ALBERTO BAQUERO PRADA