



Sentencia 9552 de 2011 Consejo de Estado

ACCION DE NULIDAD – Procedencia contra acto derogado o modificado

La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que si la demanda se formula en vigencia de la disposición acusada, es necesario efectuar el juicio acerca de su legalidad, pese a su posterior derogatoria o modificación por otra preceptiva, ya que no obstante su posible desaparición del mundo jurídico, lo cierto es que ha producido efectos jurídicos durante el tiempo de su vigencia.

NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad ejercida por el ciudadano Roa Sarmiento contra el Decreto 1095 de 2005, en tanto se trata de disposiciones cuyo examen de constitucionalidad no corresponde a la Corte Constitucional (numerales 5 y 7 del artículo 241 de la Constitución) y, por tratarse de normas que versan sobre asuntos de carácter laboral, toda vez que se refieren a los ascensos en el escalafón nacional docente y las consecuencias salariales que ello conlleva, su conocimiento está asignado a esta Sección, de conformidad con el reglamento interno del Consejo de Estado, Acuerdo 55 de 2003.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 – ARTICULO 33 / DECRETO EXTRAORDINARIO 2288 DE 1989 / ACUERDO 55 DE 2003

ASCENSO EN EL ESCALAFON NACIONAL DOCENTE – Presidente de la República. Facultad reglamentaria. No afecta la Carrera Docente / ESCALAFON DOCENTE - Diferencia con carrera docente / CARRERA DOCENTE - Diferencia con escalafón docente

Cuando la Ley 715 en su artículo 113, derogó expresamente las secciones 3 y 4 del Capítulo III del Decreto 2277 de 1979, era menester que el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad habilitante que le dio el mismo Legislador del 2001 en los artículos 6º [6.2.15] y 7º [7.15] expediera una reglamentación que dirigiera los asuntos relacionados con la inscripción y ascenso en el Escalafón Nacional Docente, tal como lo hizo a través del Decreto enjuiciado cuando dejó tal procedimiento en cabeza de las entidades territoriales, quienes mediante acto administrativo determinarían la repartición organizacional encargada de tramitar y decidir sobre las inscripciones y promociones en el escalafón docente. Lo anterior no significa que el Ejecutivo hubiera reglamentado también la Carrera Docente como lo hace ver el demandante, puesto que el Decreto 1095 en nada hace alusión al ingreso, estabilidad, destitución o suspensión del cargo docente, que consagra el Capítulo IV del Decreto 2277 de 1979, denominado "CARRERA DOCENTE". Vale la pena recordar que el escalafón docente y la carrera docente son dos figuras distintas, a pesar de su estrecha relación, pues el primero, regulado por el decreto 2277 de 1979 y en la actualidad por el 1278 de 2002, es un sistema nacional de clasificación de los educadores de acuerdo con su preparación académica, experiencia docente y méritos reconocidos, que garantiza la permanencia en la carrera docente y permite asignar el correspondiente salario, pudiendo amparar también en sus beneficios a los educadores privados. Por su parte, la carrera propiamente dicha, es definida como el régimen que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector oficial, garantiza la igualdad en el acceso y considera el mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia, la promoción en el servicio y el ascenso en el escalafón. Así las cosas, es categórica la Sala en afirmar que el Gobierno Nacional no se excedió en su potestad reglamentaria cuando desarrolló lo concerniente a la inscripción y ascensos en Escalafón Nacional Docente, a través del Decreto 1095 de 2005.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2277 DE 1979 / DECRETO 1278 DE 2002 / LEY 715 DE 2001.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1095 DE 2005 (11 DE ABRIL) MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA DELEGATARIO (NO NULO)

CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL EN ASCENSO EN EL ESCALAFON NACIONAL DOCENTE – No constituye un requisito más para su reconocimiento sino aplicación del principio del gasto público.

Por un lado el artículo 125 de la Constitución Política establece que los ascensos de los empleados de carrera "(...) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes". En ese orden, 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 y a que se le reconozca el mismo si reúne los requisitos. Por eso, este reconocimiento no puede ser supeditado a la suficiencia de recursos, por cuanto se estaría creando un requisito adicional establecido en el artículo 125 Superior. Por otro lado, se encuentra el artículo 345 de la Constitución Política que consagra el principio del Gasto Público, que obliga a la Administración a no contraer compromisos económicos sin que exista la correspondiente disponibilidad. Por eso, cuando se dice que debe existir un certificado de disponibilidad presupuestal para financiar los "ascensos", no se está impidiendo el derecho de ascenso del docente, sino que en virtud del principio constitucional del gasto público, deben proveerse los recursos para poder pagar los ascensos que ya fueron declarados o reconocidos. Así pues, ninguna exigencia adicional para ascender en el Escalafón Docente está adhiriendo la norma acusada, por el contrario, la mentada disposición armoniza dos principios constitucionales como lo son la Carrera Administrativa (artículo 125 de la Constitución Política) y el de legalidad del gasto público (artículo 345 ibídem).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 125 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 345

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1095 DE 2005 (11 DE ABRIL) MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA DELEGATARIO (NO NULO)

EFFECTOS FISCALES DEL ASCENSO EN EL ESCALAFON NACIONAL DOCENTE- Alcance / COSTO ACUMULADO DEL ASCENSO EN EL ESCALAFON NACIONAL DOCENTE - Reconocimiento

Es claro entonces que cuando se perfecciona el ascenso en el Escalafón Docente, ni el tiempo que duró la Administración para resolver la solicitud de ascenso ni el incremento salarial que genera la promoción, se pierden por el hecho de que la norma en cuestión (artículo 5 del Decreto 1095 de 2005) disponga que los efectos fiscales del ascenso se generan a partir de la fecha en que se expida el respectivo acto, pues los "efectos fiscales" a que se refiere la norma acusada deben ser entendidos como la obligación que tiene la Administración a que en lo sucesivo se pague al docente conforme el grado correspondiente en el sistema de clasificación que fue ubicado, sin que con ello se estén desconociendo los incrementos salariales que causó el docente que, como ya se vio, son pagados a través del acto administrativo que reconoce, no el ascenso sino, el denominado "costo acumulado". En otras palabras, la Administración comienza a generar el pago del ascenso respectivo una vez se expida el acto que ordena la promoción, y concomitantemente debe proferirse el acto administrativo que reconoce el "costo acumulado", que no es otra cosa que el pago de manera retroactiva que se le debe al docente promovido desde el momento en que cumplió los requisitos para el ascenso hasta que se profiera el acto de ascenso.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1095 DE 2005 - ARTICULO 3 INCISO ULTIMO

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1095 DE 2005 (11 DE ABRIL) - MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA DELEGATARIO - ARTICULO 5 (NO NULO)

SOLICITUD DE ASCENSO EN EL ESCALAFON NACIONAL DOCENTE - Normas. Aplicación retroactiva vulnera los principios de confianza legítima y buena fe.

Cuando el legislador da efectos retroactivos a una norma, lo debe hacer con la precaución de no lesionar situaciones consolidadas o derechos adquiridos en vigencia de la norma que se deroga o modifica. Esta precaución -y prohibición en ciertos casos-, es consustancial al derecho en una sociedad democrática, pues cuando se regulan aspectos sociales a través de normas jurídicas, se está dirigiendo la conducta libre de las personas, por lo que es necesario que los asociados conozcan previamente las normas para que puedan adecuar sus comportamientos a las mismas. Por ello, la aplicación retroactiva de una norma no sólo rompe la confianza de las personas en el derecho, con lo cual se afecta la buena fe, sino que, además, desconoce la libertad y autonomía de los destinatarios de las mismas. En el caso de autos, la Sala no encontró justificación válida relacionada con el principio de favorabilidad, que debe primar en el tránsito de legislación en materia laboral, para que el Decreto 1095 se aplique retroactivamente a situaciones o supuestos de hecho existentes con anterioridad a su vigencia. En ese orden, las solicitudes de ascenso radicadas con posterioridad al primero de enero de 2002, se deben resolver conforme lo establecido en la normativa vigente para la época, y sólo es aplicable el Decreto 1095, a aquellas que se radicaron durante su vigencia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 58 / LEY 715 DE 2001 - ARTICULO 24

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1095 DE 2005 (11 DE ABRIL) - MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA DELEGATARIO - ARTICULO 2 PARAGRAFO (NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00108-00(4719-05; 9552-05: 10250-05)

Actor: JORGE HUMBERTO VALERO RODRIGUEZ, PEDRO ABRHAM ROA SARMIENTO Y KONRAD SOTELO MUÑOZ

Demandado: GOBIERNO NACIONAL.

AUTORIDADES NACIONALES

Se deciden las acciones de nulidad acumuladas mediante auto de 3 de diciembre de 2009¹, incoadas por los actores de la referencia contra el Gobierno Nacional en cuanto expidió el Decreto 1095 de 2005, "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".

I. DEMANDA

Los vicios de ilegalidad al Decreto demandado se sintetizan de la siguiente manera:

1). Expediente 4719-05: El ciudadano Jorge Humberto Valero Rodríguez solicita la nulidad parcial del artículo 5º en los apartes que a continuación se subrayan

"ARTÍCULO 5o. EFECTOS FISCALES. Los efectos fiscales del ascenso se generarán a partir de la fecha de expedición del acto administrativo de ascenso que determina la clasificación en el grado correspondiente del Escalafón.

El tiempo de servicio para el nuevo ascenso se contará a partir de la fecha en que se hubieren cumplido todos los requisitos para el ascenso inmediatamente anterior.

PARÁGRAFO transitorio. Las entidades territoriales certificadas deberán resolver inicialmente y en estricto orden de radicación las solicitudes de ascenso radicadas con anterioridad a la expedición del presente decreto, con el lleno de los requisitos legales.

Una vez expedidos la totalidad de los actos administrativos de ascenso de que trata el inciso anterior y cuyos efectos fiscales se generarán a partir de la fecha de expedición del acto, las entidades territoriales previo certificado de disponibilidad presupuestal, deberán expedir los actos administrativos de reconocimiento del costo acumulado del ascenso. Este costo será el correspondiente al causado a partir de los 60 días siguientes a la radicación de la solicitud hasta la fecha de expedición del acto administrativo de ascenso. Para la expedición de los actos administrativos de reconocimiento del costo acumulado del ascenso las entidades territoriales deberán atender las solicitudes en estricto orden de radicación de la solicitud inicial de ascenso.

En ningún caso podrá la resolución de ascenso reconocer indexación o intereses de cualquier tipo por concepto de los efectos fiscales del reconocimiento."

Considera el demandante que los apartes señalados vulneran los artículos 25, 53 y 58 de la Constitución Política así como el 24 de la Ley 715 de 2001, pues en su sentir los efectos fiscales del ascenso en el escalafón deben generarse a partir de la radicación de la solicitud de ascenso y no desde la expedición del acto administrativo que promociona al docente en un grado superior y determina la clasificación en el escalafón docente.

Aduce que entre la fecha en que el Legislador del 2001 ordenó reglamentar la función de ascenso en el escalafón y la fecha en que el Gobierno se ocupó de ella a través del Decreto demandado, han transcurrido 3 años en los cuales varios docentes y directivos docentes han reunido los requisitos para ascender en el escalafón y por tanto han elevado desde ese entonces las solicitudes respectivas para su promoción, siendo injusto que su derecho a ascender y el mejoramiento salarial que esto conlleva, se vea reflejado sólo hasta el momento en que la entidad certificada decida reconocer el ascenso.

2). Expediente No. 9552-05: El ciudadano Pedro Abraham Roa Sarmiento pide la nulidad por inconstitucional de la totalidad del Decreto 1095 de 2001, debido a que si bien se profirió con base en las facultades consagradas en el artículo 6º N°. 6.2.15, 7.15 del artículo 70 y 24 de la Ley 715 de 2001, lo cierto es que dichas disposiciones no facultan al Ejecutivo Nacional para reglamentar la Carrera Docente regida por el Decreto 2277 de 1979 ni los ascensos en el Escalafón Docente.

Además porque el Decreto acusado condiciona el derecho de ascenso en el escalafón a la existencia de disponibilidad presupuestal, contraviniendo las Sentencias de Constitucionalidad Nos. C-618 de 2002 y C-423 de 2005.

Cita como normas violadas los artículos 53, 58, 68 y 125 del Carta Magna por cuanto el Decreto acusado fijó su campo de aplicación a los docentes y directivos docentes en carrera, escalafonados de acuerdo con el Decreto 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 30 de diciembre de 2008, regulando así la carrera docente, lo cual sólo puede hacerse a través de una Ley expedida por el Congreso de la República, conforme al artículo 125 de la Constitución ó a través de facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, condiciones que no cumple la norma demandada. Para sustentar lo anterior cita las sentencias C-734 de 2003 y C-423 de 2003 de la Corte Constitucional.

Seguidamente explica que el Decreto demandado desconoce las sentencias C-918 de 2002 y C-423 de 2005, al imponer que el goce de los derechos adquiridos de los Docentes como consecuencia de haber cumplido los requisitos exigidos para el ascenso en el escalafón, se supedite a la existencia de disponibilidad presupuestal.

3). Expediente No. 10250-05: El ciudadano Konrad Sotelo Muñoz formula demanda con el fin de obtener la nulidad del último inciso del parágrafo del artículo 2º y del último inciso del inciso 4º del artículo 3º, que en su orden disponen:

"ARTÍCULO 2º: TRÁMITE DE LAS SOLICITUDES DE ASCENSO

(...)

PARÁGRAFO. Las solicitudes de ascenso radicadas con anterioridad al 10 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 10 de enero de 2002 serán resueltas de conformidad con lo establecido en el presente decreto. (Aparte subrayado es el demandado).

ARTÍCULO 3º REQUISITOS PARA ASCENDER EN EL ESCALAFÓN

(...)

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 10º 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. (Se subraya el aparte demandado).

Luego de que en la demanda del proceso referenciado se explicara que el Decreto demandado, en virtud de los artículos 6º [Nº. 6.2.15] 7º [Nº 7.15] y 24 de la Ley 715, reglamentó lo relacionado con el ascenso en el Escalafón docente de los Docentes y Directivos Docentes que se rigen por el Decreto Ley 2277 de 1979, advirtió que el ascenso en el escalafón Nacional permaneció suspendido o "congelado" desde que se sancionó la Ley 715 de 2001, hasta el 10 de abril de 2005, cuando se expidió el Decreto 1095, quedando entonces en vilo las solicitudes radicadas con anterioridad a la normativa del 2005.

Aduce que el último inciso del párrafo del artículo 2º demandado, desconoce el principio constitucional de la condición más beneficiosa para el trabajador plasmada en los artículos 1º, 2º, 4º, 25 y 53 de la Constitución Política, el principio de la irretroactividad de las normas y el debido proceso, en cuanto busca su aplicación a situaciones de ascenso en el escalafón consolidadas a la luz del Decreto 2277 de 1979.

Señala que el Gobierno Nacional se extralimitó en sus funciones reglamentarias porque modificó lo consagrado en el artículo 12 del Decreto Ley 2277 de 1979, en cuanto dispuso en el aparte del artículo 3º acusado que el título por el cual se obtenga el reconocimiento por efectos del mejoramiento académico no podría ser utilizado posteriormente para nuevos ascensos en el Escalafón Nacional Docente. Dice que tal modificación no se puede hacer a través de una norma reglamentaria, más aún cuando dicha disposición permanece incólume debido a que la Ley 715 de 2001 no la derogó.

II. TRAMITE PROCESAL

De los autos admisarios² de las demandas de la referencia se dio traslado al Ministerio de Educación Nacional, al de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Administrativo de la Función Pública, para que ejercieran su defensa, los cuales procedieron de la siguiente manera:

1). Expediente 4719-05:

1.1). El Ministerio de Educación Nacional realiza un recorrido por las normas que gobiernan los ascensos en el escalafón nacional docente desde el Decreto 2277 de 1979, pasando por las Leyes 115 de 1994 y 715 de 2001, llegando a los Decretos 300 de 2002 y 1095 de 2005, para precisar que para efectos de los ascensos en el escalafón aquellos docentes vinculados al servicio con anterioridad a la Ley 715 de 2001, son regulados por el Decreto 2277 de 1979, y los vinculados con posterioridad a dicha Ley están sujetos al Nuevo Estatuto Docente (Decreto 1278 de 2002) y al Decreto 1095 de 2005.

En cuanto a la reglamentación de los ascensos dijo que en desarrollo del artículo 24 de la Ley 715 de 2001, se proyectó el Decreto que buscaba armonizar las diversas tendencias y expectativas de los docentes amparados en el antiguo estatuto Docente y garantizar un tránsito seguro hacia las nuevas estructuras administrativas. Dicho proyecto fue puesto a consideración del Ministerio de Hacienda quien manifestó que el texto del artículo 24 de la Ley 715 desestimó el 1% del incremento real de los recursos del sector, y como este valor era insuficiente para atender los recursos a que tienen derecho los docentes de acuerdo con las normas vigentes, se hacía necesario una modificación del artículo referido.

Agregó que como quiera que el proyecto no logró su cometido por la ausencia de recursos destinados a cubrir los ascensos pendientes, el Ministerio de Educación Nacional envió un proyecto de Ley a la Presidencia de la República para aclarar el citado artículo, y al someterlo a consideración del Congreso este fue aprobado a través de la Ley 921 de 2004, disponiendo en su artículo 69 que el valor máximo a que hace referencia el artículo 24 de la Ley 715, es el equivalente a un punto del incremento adicional que tenga el Sistema General de Participaciones, y fue con respaldo en esta Ley que el Ministerio de Educación expidió el Decreto acusado.

En relación con los derechos adquiridos de los Docentes que presentaron sus solicitudes para el ascenso en el escalafón antes de la vigencia del Decreto, consideró que estos sólo tenían una mera expectativa que pasaría a concretarse únicamente en el momento en que se ajustaran al reglamento exigido por la Ley, como quiera que no puede tener efectos fiscales una situación que no está precedida de un acto administrativo que reconoce un derecho.

Finaliza su intervención manifestando que el aparte demandado del párrafo del artículo 5º en lo referente al costo acumulado, demuestra que a pesar de que los efectos fiscales rigen a partir de la fecha de expedición del acto administrativo que reconoce el ascenso en el escalafón nacional docente, la misma norma acusada prevé el reconocimiento del costo acumulado del ascenso conforme al orden de radicación de las solicitudes respectivas, en atención a la legalidad del gasto público y la correspondiente disponibilidad presupuestal.

1.2). El Ministerio de Hacienda y Crédito Público precisó que en el caso de autos el Ejecutivo estaba facultado para proferir el Decreto 1095, en cuanto tenía facultades expresas por la Ley 715, derivada de la potestad reglamentaria que consagra el artículo 189 [No 11] de la Constitución Política.

Dijo que el Decreto acusado protegió en su artículo 5º los derechos adquiridos de aquellos docentes que con anterioridad a su entrada en vigencia hubieran obtenido el derecho al ascenso, no así a los que aún no se les había consolidado el derecho, los cuales tienen sólo meras expectativas y su sometimiento a las nuevas normativas no vulnera la Constitución Política.

1.3). El Departamento Administrativo de Función Pública, por su parte, aclara que el artículo 21 del Decreto 2177 de 1979 no fue modificado por el artículo acusado en esta demanda por cuanto aquél fue derogado por el artículo 113 de la Ley 715. Agregó que la tardanza en que incurrió el

Ejecutivo para reglamentar los ascensos en el Escalafón Nacional Docente, no conlleva ilegalidad alguna, por cuanto la potestad reglamentaria del Presidente es permanente y puede ser ejercida en cualquier tiempo, máxime tratándose de regulaciones con connotaciones presupuestales.

2). Expediente 9552-05:

2.1). El Ministerio de Educación Nacional reitera los argumentos de defensa expuestos en el anterior proceso. (fls. 99-109 del expediente)

2.2). El Ministerio de Hacienda y Crédito Público por su parte explica que la Ley 715 de 2001 es de aquellas que la Constitución denomina como orgánicas, las cuales no advierten prohibición alguna para su reglamentación. Agrega que esta Ley facultó al Gobierno en los artículos 6º (6.2.15) y 7º (7.15) para que la reglamentara, por lo que ninguna validez tiene el argumento expuesto por la parte actora de extralimitación del Ejecutivo para expedir el Decreto demandado.

Sostiene que el principio de legalidad del presupuesto enseña que las erogaciones no sólo deben ser decretadas previamente, sino además deben ser acuñadas en la Ley de presupuesto para que se puedan llevar a cabo.

2.3). El Departamento Administrativo de la Función Pública a su turno, argumenta las mismas razones de defensa expuestas por el Ministerio de Hacienda en cuanto explicó la naturaleza de la Ley 715, la potestad permanente del Presidente de la República para reglamentar este tipo de Leyes y el principio de legalidad del presupuesto.

3). Expediente 10250-05:

3.1). El Ministerio de Educación utilizó los mismo argumentos de defensa plasmados en los expedientes 4719-05 y 9552-05, agregando, en lo relacionado con lo demandado en este asunto, que según jurisprudencia de esta Corporación, no pueden usarse, para doble mejoramiento, el título de postgrado como mejoramiento académico y posteriormente para ascenso.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1). Proceso 4719-05

1.1). El Ministerio de Educación Nacional alegó de conclusión, refiriéndose al costo acumulado de los ascensos en el escalafón en el sentido de que el artículo 5º no puede de ninguna manera desconocer lo dispuesto en su párrafo transitorio, el cual prevé el reconocimiento del costo acumulado del ascenso conforme al orden de radicación de las solicitudes. En lo demás utilizó los mismos argumentos plasmados en la contestación de la demanda.

1.2). La parte demandante alega que contrario a lo expresado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, el ascenso en el escalafón docente constituye un derecho adquirido para aquellos docentes que hayan cumplido los requisitos establecidos en la legislación vigente anterior a la expedición de la Ley 715. Para reforzar el anterior argumento cita el párrafo del artículo 1º del Decreto 241 de 2008.

Seguidamente manifiesta que los efectos fiscales del ascenso en el Escalafón Nacional Docente no pueden generarse a partir de la fecha de expedición del acto administrativo de ascenso sino desde el momento mismo que reúne los requisitos, lo anterior porque las entidades territoriales están obligadas a proyectar los ascensos que en el año fiscal se causarán, por lo que deben aprobar los recursos suficientes para tal propósito, de modo que al docente oficial no se le impongan cargas públicas que no le corresponden.

1.3). El Departamento Administrativo de la Función Pública, reiteró las razones de defensa expuestas en el escrito de la contestación de la demanda.

2). Proceso No. 9552-05

2.1). El Departamento Administrativo de la Función Pública consideró suficientes las razones expuestas en la contestación de la demanda, por lo que insistió en sus argumentos.

3). En el proceso No. 10250, las partes no alegaron de conclusión.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1). La Procuraduría Segunda Delegada ante esta Corporación, emitió sendos conceptos en los procesos 9552-05 y 10250-05, así:

En primer lugar solicitó que al momento de fallar la Sala se inhiba de pronunciarse sobre los artículos 2º, 3º y 5º demandados, por cuanto los mismos fueron modificados y adicionados por el Decreto 241 del 31 de enero de 2008, que no se controvierte en este proceso y por ende carece de objeto actual cualquier pronunciamiento al respecto.

En cuanto a la falta de competencia o extralimitación de funciones del Gobierno Nacional para reglamentar el ingreso y ascenso en el escalafón de los docentes que se rigen por el Decreto 2277 de 1979, dijo que tal reparo no tiene vocación de prosperidad, habida cuenta que dicho Estatuto fue modificado por la Ley 715 de 2001, especialmente en lo que tiene que ver con las secciones de Escalafón Docente y Carrera Docente, siendo esta Ley la que en sus artículos 6º y 7º facultó al Ejecutivo para expedir el reglamento en el que se detalla la inscripción y el ascenso en el escalafón.

Pidió que se anule el artículo 6º del Decreto demandado, por desconocer la Constitución Política, cuando pone como exigencia para tramitar las

solicitudes de promoción en el escalafón docente la disponibilidad presupuestal y la financiación de los ascensos.

Al intervenir en el proceso 10250-05, solicitó la nulidad de la expresión "aquellos solicitudes de ascenso radicadas con posterioridad al primero de enero de 2002 serán resueltas de conformidad con lo establecido en el presente decreto" contenida en el párrafo del artículo 2º, por cuanto desconoce aquellos derechos que estaban consolidados al momento de la entrada en vigencia de la disposición que la contiene.

Aclaró que el derecho adquirido que lesiona el párrafo en estudio es el de aquellos docentes que al momento de entrar en vigencia el Decreto acusado ya cumplían con los requisitos exigidos en normas anteriores, los cuales ya tenían un derecho consolidado y no se les puede aplicar una nueva regulación. Dijo que esta disposición pretende darle efectos retroactivos para regular situaciones que se deben someter a la normativa anterior.

En relación con el inciso 4º del artículo 3º, que se refiere a la utilización de un mismo título académico para nuevos ascensos en el escalafón docente, dijo que esta advertencia no contraviene el artículo 12 del Decreto 2277 de 1979, por cuanto es esa misma normativa la que aclara que el docente no puede obtener más de un ascenso en el escalafón nacional utilizando el mismo título.

2). Por su parte, el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado emitió su concepto al interior del proceso 4719-05, solicitando denegar las pretensiones de la demanda.

Consideró que la pretensión del actor consistente en que los efectos fiscales se retrotraigan a la fecha de presentación de solicitud de ascenso no es de recibo, como quiera que la Administración tiene un término razonable de 60 días para revisar la documentación y pasado ese tiempo es que se puede hablar o no de un derecho adquirido.

Concluyó que por un lado, para el reconocimiento de los efectos fiscales debe mediar necesariamente un acto administrativo que disponga el nuevo grado o la nueva posición jurídica, y de otro, que el término de 60 días posteriores a la radicación de la solicitud para el reconocimiento del costo acumulado es racional y razonable con la dinámica administrativa y con el derecho que se pretende proteger.

Se procede a decidir, previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

En los expedientes acumulados existe una cuestión a resolver previamente antes de entrar a estudiar los vicios que por inconstitucionalidad e ilegalidad se le endilgan al Decreto 1095 de 2005, y es la solicitud presentada por el Ministerio Público en el concepto que emitió al interior del expediente 9552-05, para que esta Sala se inhiba de pronunciarse respecto los artículos 2º, 3º y 5º del Decreto demandado, por cuanto los mismos fueron modificados y adicionados por el 241 del 31 de enero de 2008.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que si la demanda se formula en vigencia de la disposición acusada, es necesario efectuar el juicio acerca de su legalidad, pese a su posterior derogatoria o modificación por otra preceptiva, ya que no obstante su posible desaparición del mundo jurídico, lo cierto es que ha producido efectos jurídicos durante el tiempo de su vigencia.

Así, en sentencia del 19 de septiembre de 2002, proferida dentro del proceso No. 255/00, esta Sección razonó de la siguiente manera:

"1. A juicio de la Sala no les asiste razón al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio Público, quienes estiman que la norma acusada fue derogada por la ley 100 de 1993 y en tales condiciones no puede ser objeto de impugnación, por las siguientes razones: primero, porque el decreto 1359 de 1993, como toda norma jurídica, aun después de ser derogada, produce efectos respecto de las situaciones que se consumaron bajo su vigencia, precisamente porque las normas posteriores por no tener efectos retroactivos no pueden gobernar situaciones pasadas; además, por mandato del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a las personas que se encuentran bajo sus previsiones, se les aplican las normas anteriores a ella, en este caso a los congresistas y los presuntos beneficiarios de derechos pensionales sometidos al régimen de transición, y porque aunque haya dejado de producir efectos hacia el futuro, vale decir, que hubiera sido derogada, la nulidad de los actos administrativos es eficaz ex tunc, desde entonces, desde la expedición del acto."

De ahí que la llamada "sustracción de materia" en el derecho contencioso administrativo, solo se configura cuando el acto administrativo no haya producido efecto alguno, que no es este caso, puesto que la norma acusada sí los produjo a las pensiones de los congresistas desde el 12 de julio de 1993."

Las demandas contra el decreto 1095 fueron presentadas cuando este se encontraba vigente³, razón por la cual y atendiendo los postulados trascritos, es necesario que se estudien los vicios que se le imputan en los procesos de la referencia.

1. Pasa la Sala, en primer lugar, a estudiar el expediente 9552-05 donde se pide la nulidad del Decreto 1095 por inconstitucional.

Para ello, es necesario efectuar una breve explicación respecto de la competencia que tiene esta Sección frente a las acciones de nulidad por inconstitucionalidad y luego definir si las facultades consagradas en el artículo 6º N°. 6.2.15, 7.15 del artículo 7º y 24 de la Ley 715 de 2001, autorizaban al Ejecutivo Nacional para reglamentar la Carrera Docente regida por el Decreto 2277 de 1979 y los ascensos en el Escalafón Docente, pues a juicio del demandante sólo se podía hacer a través de una Ley expedida por el Congreso de la República ó a través de facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República; y por último concluir con el estudio de la presunta violación de la Constitución en el sentido de que el Decreto 1045 condiciona el derecho al ascenso del Docente en el Escalafón a la existencia de disponibilidad presupuestal.

1.1. De los Decretos del Gobierno Nacional acusados de inconstitucionales:

Según lo establece el decreto extraordinario 2288 de 1989, en su artículo 7º [Numeral 7º] modificado y adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 33, el conocimiento de estas normas cuando se denuncian inconstitucionales, le ha sido atribuido a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y a las Salas de Decisión de las Secciones de lo contencioso administrativo, según el caso, tal como lo ha definido la Corporación:

"La Constitución asignó al Consejo de Estado en el numeral 2 del artículo 237 la función de "Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional".⁴

A su turno, la Ley estatutaria de la Justicia (Ley 270 de 1996) dispuso:

"Artículo 37. De la Sala de lo Contencioso Administrativo. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales:

(...)

9). Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional;..."

"Artículo 49. Control de Constitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno cuya competencia no haya sido atribuida a la Corte Constitucional de conformidad con el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución Política. El Consejo de Estado decidirá sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. La decisión será adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado"

Ahora, en un pronunciamiento más reciente dijo la Sala Plena de esta Corporación:

«El Consejo de Estado ejerce sus competencias jurisdiccionales por medio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ya sea en Sala Plena, ya a través de alguna de sus secciones. Tratándose de la decisión de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, el artículo 97-7 del CCA (según fue modificado por el art. 33 de la Ley 446) distribuyó la competencia entre la Sala Plena y las Secciones, reservando a la Sala Plena las concernientes a decretos (i) de carácter general, (ii) cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con el ordenamiento jurídico, y (iii) que no obedezcan a función propiamente administrativa. Cuando el decreto acusado no reúna estas tres condiciones, el fallo corresponde a la Sección respectiva.⁵

Así las cosas, el decreto objeto de la presente acción de nulidad por inconstitucionalidad no es de aquellos cuyo conocimiento está atribuido a la Corte Constitucional (numerales 5º y 7º del artículo 241 de la Constitución) pues no fue dictado por el Presidente de la República en desarrollo de las atribuciones que le confieren los artículos 150, numeral 10º, 212, 213 215 y 341 de la Constitución Política.

La norma atacada se expidió por el Ministro del Interior y de Justicia delegado por el Presidente de la República, "(...) en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.", por lo que el conocimiento de la acción de nulidad por inconstitucionalidad formulada en su contra encuadra en la competencia residual asignada al Consejo de Estado por el numeral 2º del artículo 237 de la Carta Política⁶.

También debe mencionarse lo dispuesto por el artículo 1º del Acuerdo No.55 de 2003, Reglamento del Consejo de Estado, que asigna a la Sección Segunda el conocimiento de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales.

Así las cosas, el Consejo de Estado es competente para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad ejercida por el ciudadano Roa Sarmiento contra el Decreto 1095 de 2005, en tanto se trata de disposiciones cuyo examen de constitucionalidad no corresponde a la Corte Constitucional (numerales 5 y 7 del artículo 241 de la Constitución) y, por tratarse de normas que versan sobre asuntos de carácter laboral, toda vez que se refieren a los ascensos en el escalafón nacional docente y las consecuencias salariales que ello conlleva, su conocimiento está asignado a esta Sección, de conformidad con el reglamento interno del Consejo de Estado.

1.2. Del exceso en la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1095 de 2005

Considera el demandante del proceso que se estudia que las facultades consagradas en el artículo 6º N°. 6.2.15, 7.15 del artículo 7º y 24 de la Ley 715 de 2001, no autorizaban al Gobierno para reglamentar los ascensos en el Escalafón Nacional Docente ni la Carrera Docente, regulados por el Decreto 2277 de 1979, pues dichas medidas sólo son viables a través de una Ley expedida por el Congreso de la República, conforme al artículo 125 de la Constitución, ó por facultades extraordinarias otorgadas por el legislador al Presidente de la República.

El artículo 189 Superior, que asigna las competencias del Presidente de la República establece en su numeral 11, lo siguiente:

"Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes" (Negrilla fuera del texto original)

El Decreto 1095 de 2005, reglamentó los artículos 6º -numeral 6.2.15, 7º - numeral 15, y 24 de la Ley 715 de 2001, que a la letra dicen:

"Artículo 6º. Competencias de los departamentos. Sin perjuicio de lo establecido en otras normas, corresponde a los departamentos en el sector de educación las siguientes competencias:

(...)

6.2.15. Para efectos de la inscripción y los ascensos en el escalafón, la entidad territorial determinará la repartición organizacional encargada de esta función de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional. (Destaca la Sala).

(...)

Artículo 7º. Competencias de los distritos y los municipios certificados.

7.15. Para efectos de la inscripción y los ascensos en el escalafón, la entidad territorial determinará la repartición organizacional encargada de esta función de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

El Gobierno Nacional en el ejercicio de sus facultades, no se limita a repetir el texto de la ley que reglamenta sino que sus reglamentos gozan de un margen amplio de regulación, de manera que hagan efectiva y eficiente el cumplimiento de la ley, por eso se ha dicho que la potestad reglamentaria es instrumental⁷ como quiera que su ejercicio tiene como finalidad agregar los procedimientos, órdenes, o circunstancias que permitan la cumplida ejecución de las leyes, con el ánimo de dar vida práctica de las mismas.

Así las cosas, cuando la Ley 715 en su artículo 113, derogó expresamente las secciones 3 y 4 del Capítulo III del Decreto 2277 de 1979, que se referían a las Juntas de Escalafón (Nacional, Departamental, Intendenciales y de Comisarías y Seccionales) y a las Oficinas Seccionales de Escalafón, quienes tenían entre sus funciones el estudio, tramitación y resolución de las solicitudes de inscripción, ascenso y reinscripción en el escalafón⁸; era menester que el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad habilitante que le dio el mismo Legislador del 2001 en los artículos 6º [6.2.15] y 7º [7.15] expediera una reglamentación que dirigiera los asuntos relacionados con la inscripción y ascenso en el Escalafón Nacional Docente, tal como lo hizo a través del Decreto enjuiciado cuando dejó tal procedimiento en cabeza de las entidades territoriales, quienes mediante acto administrativo determinarían la repartición organizacional encargada de tramitar y decidir sobre las inscripciones y promociones en el escalafón docente.

Lo anterior no significa que el Ejecutivo hubiera reglamentado también la Carrera Docente como lo hace ver el demandante, puesto que el Decreto 1095 en nada hace alusión al ingreso, estabilidad, destitución o suspensión del cargo docente, que consagra el Capítulo IV del Decreto 2277 de 1979, denominado "CARRERA DOCENTE".

Vale la pena recordar que el escalafón docente y la carrera docente son dos figuras distintas, a pesar de su estrecha relación, pues el primero, regulado por el decreto 2277 de 1979 y en la actualidad por el 1278 de 2002, es un sistema nacional de clasificación de los educadores de acuerdo con su preparación académica, experiencia docente y méritos reconocidos, que garantiza la permanencia en la carrera docente y permite asignar el correspondiente salario, pudiendo amparar también en sus beneficios a los educadores privados. Por su parte, la carrera propiamente dicha, es definida como el régimen que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector oficial, garantiza la igualdad en el acceso y considera el mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia, la promoción en el servicio y el ascenso en el escalafón.

Así las cosas, es categórica la Sala en afirmar que el Gobierno Nacional no se excedió en su potestad reglamentaria cuando desarrolló lo concerniente a la inscripción y ascensos en Escalafón Nacional Docente, a través del Decreto 1095 de 2005.

1.3. De la financiación de los ascensos establecida en el Artículo 6º del Decreto 1095 de 2005.

La parte actora en principio, considera inconstitucional el Decreto en cuestión por cuanto en su artículo 6º condiciona el derecho de Ascenso en el Escalafón Nacional Docente a la existencia del certificado de disponibilidad presupuestal.

El artículo cuestionado es del siguiente tenor:

"Artículo 6º. Financiación de los ascensos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 69 de la Ley 921 de 2004, para financiar ascensos en el escalafón, previo certificado de la disponibilidad presupuestal, las entidades territoriales certificadas, podrán destinar hasta un punto del incremento adicional que tenga el Sistema General de Participaciones en los términos del segundo parágrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2001.

Cualquier ascenso que supere el límite del porcentaje del incremento adicional del Sistema General del Participaciones que puede ser destinado a financiar ascensos en el escalafón, deberá ser financiado con ingresos corrientes de libre disposición de la respectiva entidad territorial, previo certificado de disponibilidad presupuestal.

Con cargo al Sistema General de Participaciones no procederá ningún reconocimiento que supere este límite, los que se realicen no tendrán validez y darán lugar a responsabilidad fiscal para el funcionario que ordene el respectivo gasto.

Parágrafo. Cuando los efectos fiscales del ascenso impliquen la responsabilidad en el pago de más de una entidad territorial certificada, la entidad en la que actualmente se encuentre laborando el docente o directivo docente expedirá, previo certificado de disponibilidad presupuestal, el correspondiente acto administrativo de reconocimiento y posteriormente deberá exigir el pago de la deuda correspondiente a la entidad de la cual proviene el funcionario ascendido."

Al respecto habrá que precisar que la acusación que se hace respecto de esta disposición, toca dos situaciones sustancialmente diferentes, como son el derecho que tienen los docentes de ascender en el escalafón nacional docente y el juicio que ha de tener la Administración al

momento de incurrir en un gasto.

En efecto, por un lado el artículo 125 de la Constitución Política establece que los ascensos de los empleados de carrera "(...) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes". En ese orden, 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 y a que se le reconozca el mismo si reúne los requisitos. Por eso, este reconocimiento no puede ser supeditado a la suficiencia de recursos, por cuanto se estaría creando un requisito adicional establecido en el artículo 125 Superior.

Por otro lado, se encuentra el artículo 345 de la Constitución Política que consagra el principio del Gasto Público, que obliga a la Administración a no contraer compromisos económicos sin que exista la correspondiente disponibilidad.

Por eso, cuando se dice que debe existir un certificado de disponibilidad presupuestal para financiar los "ascensos", no se está impidiendo el derecho de ascenso del docente, sino que en virtud del principio constitucional del gasto público, deben proveerse los recursos para poder pagar los ascensos que ya fueron declarados o reconocidos.

Así pues, ninguna exigencia adicional para ascender en el Escalafón Docente está adhiriendo la norma acusada, por el contrario, la mentada disposición armoniza dos principios constitucionales como lo son la Carrera Administrativa (artículo 125 de la Constitución Política) y el de legalidad del gasto público (artículo 345 ibidem).

En consecuencia, los cargos propuestos por el demandante en el proceso 9552-05 tendientes a anular por inconstitucional el Decreto 1095 de 2005, no prosperan.

2. Procede la Sala entonces a estudiar el expediente 4719-05, donde se cuestiona el artículo 5º del Decreto 1095 de 2005, en cuanto dispone que los efectos fiscales del ascenso se generan a partir de la expedición del acto administrativo que promociona al docente y no desde que se radica la solicitud de ascenso, lo que a su juicio vulnera los artículos 25, 53 y 58 de la Constitución Política así como el 24 de la Ley 715 de 2001.

El artículo referenciado se acusa en las partes que a continuación se resaltan:

ARTÍCULO 5. Los efectos fiscales del ascenso se generarán a partir de la fecha de expedición del acto administrativo de ascenso que determina la clasificación en el grado correspondiente del Escalafón.

El tiempo de servicio para el nuevo ascenso se contará a partir de la fecha en que se hubieren cumplido, todos los requisitos para el ascenso inmediatamente anterior.

PARÁGRAFO transitorio. Las entidades territoriales certificadas deberán resolver inicialmente y en estricto orden de radicación las solicitudes de ascenso radicadas con anterioridad a la expedición del presente decreto, con el lleno de los requisitos legales.

Una vez expedidos la totalidad de los actos administrativos de ascenso de que trata el inciso anterior y cuyos efectos fiscales se generarán a partir de la fecha de expedición del acto, las entidades territoriales previo certificado de disponibilidad presupuestal, deberán expedir los actos administrativos de reconocimiento del costo acumulado del ascenso. Este costo será el correspondiente al causado a partir de los 60 días siguientes a la radicación de la solicitud hasta la fecha de expedición del acto administrativo de ascenso. Para la expedición de los actos administrativos de reconocimiento del costo acumulado del ascenso las entidades territoriales deberán atender las solicitudes en estricto orden de radicación de la solicitud inicial de ascenso.

En ningún caso podrá la resolución de ascenso reconocer indexación o intereses de cualquier tipo por concepto de los efectos fiscales del reconocimiento."

Para estudiar los cargos propuestos al interior de este asunto, la Sala hará referencia al tema de los ascensos en el Escalafón Nacional Docente, los efectos o consecuencias que la declaratoria del derecho tiene sobre el promocionado, para finalizar con lo que la norma acusada denomina "costo acumulado del ascenso".

2.1. De los ascensos en el Escalafón Nacional Docente

Históricamente ha existido en nuestro país el sistema de promoción para aquellos docentes que cumplen con ciertos requisitos o condiciones impuestas por las leyes vigentes. Así, el Decreto Extraordinario 0128 de 1977⁹ en su artículo 49 dispuso los requisitos para promocionar a los docentes que se encontraban escalafonados en la Carrera Docente, luego el Decreto 2277 de 1979 en sus artículos 8º, 9º, y 10º clasificó los grados en que los Docentes podían desempeñarse de acuerdo con sus capacidades, preparación académica, experiencia y méritos reconocidos, y en sus artículos 11 a 13, estableció ciertas reglas para el ascenso.

De igual manera la Constitución Política en su artículo 68 propendió por profesionalizar la actividad docente y así hacer más digna dicha profesión.

Así pues, ha existido una protección legal y constitucional a la profesión docente que procura, en aras de una mejor prestación del servicio de educación, incentivar a los educadores por su esfuerzo, consagración y experiencia. El derecho a la buena educación debe ser visto como un derecho de doble vía, en cuanto la población educativa tiene derecho a recibir un servicio público prestado por maestros capaces, responsables y preparados, lo cual exige a su turno que esos profesores reciban los reconocimientos derivados de sus méritos y calidades dentro de los cuales sobresale el que sean ascendidos, previo el cumplimiento de los requisitos legales.

Como es propio de toda relación laboral, la promoción o ascenso debe conllevar a un estímulo que redunde en las condiciones laborales del trabajador, por eso es lógico que los docentes cuenten con incentivos laborales que conlleven a buscar un mejor posicionamiento dentro de su sistema de clasificación.

Como quiera que la tensión que surge en el asunto sub-examine, es el hecho de que los "efectos fiscales" del ascenso se generen a partir del acto administrativo que determine la clasificación en el grado correspondiente del Escalafón, pasará la Sala a analizar las consecuencias que produce la promoción de un docente en el sistema de clasificación.

2.2. De las consecuencias del Ascenso en el Escalafón Nacional Docente

El ascenso en el escalafón docente se concreta a través de un acto administrativo que reconoce el derecho a promocionar a un grado superior dentro del sistema de clasificación a un docente, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas vigentes.

Así, el Decreto 2277 de 1979 en su artículo 21¹⁰ dispone que las solicitudes de ascenso en el escalafón se resuelven por las juntas dentro de los sesenta (60) días siguientes al recibo de la respectiva documentación, siempre y cuando ésta llene los requisitos exigidos para cada caso.

Y seguidamente expresa: "*La clasificación en el escalafón surte efectos fiscales a partir de la fecha de la resolución que la determine, y en todo caso, a partir del vencimiento del plazo fijado en este artículo...*"

Esta normativa fue derogada por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001, y sólo hasta la expedición del Decreto demandado se procedió a reglamentar lo relacionado con los ascensos en el Escalafón Nacional Docente el cual mantuvo en su artículo 2º¹¹, el término de los 60 días que consagró el antiguo Estatuto Docente para tramitar y resolver las solicitudes de ascenso, agregando que la decisión de ascenso en el Escalafón Nacional Docente será adoptada mediante resolución motivada en la que conste el cumplimiento de todos los requisitos.

Si se hace una lectura vertiginosa del artículo acusado, podría dar la sensación, tal como se la dio al demandante, que al establecer que los "efectos fiscales" del acto de ascenso se generan a partir de la fecha de su expedición, se está desconociendo el tiempo de servicio de aquellos docentes que han reunido requisitos y por ende han elevado sus solicitudes antes de la expedición del decreto demandado, siendo injusto que su mejoramiento salarial se vea reflejado sólo hasta el momento en que la entidad certificada reconozca mediante el acto administrativo respectivo el ascenso.

No obstante, la parte actora echa de menos el inciso segundo del citado artículo que dispone que el "*tiempo de servicio para el nuevo ascenso se contará a partir de la fecha en que se hubieren cumplido todos los requisitos para el ascenso inmediatamente anterior*".

Y si dicha disposición se armoniza con el último inciso del artículo 3º ibídem, que dice que "*la fecha correspondiente al cumplimiento del requisito de permanencia en el grado inmediatamente anterior quedará especificado en el acto administrativo de ascenso, de acuerdo con el inciso segundo del artículo quinto del presente Decreto.*" es fácil inferir que el acto que declara el derecho de ascenso en el escalafón (artículo 5º) reconoce el tiempo en que permaneció la solicitud de ascenso pendiente de su resolución.

Así las cosas, si por ejemplo un docente escalafonado que radicó documentos para su ascenso con el lleno de todos los requisitos en el año 2002, cuando se le resuelva su solicitud en vigencia del Decreto 1095 de 2005, se le habrá de reconocer en el acto que declara el derecho de ascenso el tiempo de servicio acumulado, que se contará a partir de la fecha en que se hubieren cumplido todos los requisitos para el ascenso inmediatamente anterior, tiempo que se tendrá en cuenta para su próxima promoción.

En ese orden, al establecer la norma que los efectos fiscales del acto administrativo de ascenso se generan a partir de su expedición, no desconoce el tiempo en que la solicitud de ascenso quedó en suspeso mientras se reglamentaba todo el tema de inscripción y ascenso en el escalafón docente, pues como ya se vio el acto que ordena el ascenso hace referencia al requisito de permanencia para efectos de una próxima promoción.

Ahora, otra consecuencia que conlleva el acto de ascenso es el mejoramiento en la escala salarial, pero como el demandante asegura que el hecho de que el acto en mención tenga efectos fiscales a partir de su expedición y sólo hasta ese momento es que puede ver reflejado su incremento salarial, es pertinente que la Sala haga referencia a lo que en el Decreto demandado denomina "costo acumulado".

2.3. Del costo acumulado:

El artículo 5º que se estudia trajo consigo el término "costo acumulado" al referirse al acto que reconoce el costo, entendido tal concepto como la cantidad que se da o se paga por algo¹². Por ello, se debe entender que el costo acumulado no es otra cosa que un pago retroactivo entre el cumplimiento de los requisitos para el ascenso y el momento del mismo.

Ahora, el artículo mencionado dispone que una vez se profieran los actos de ascenso, se procederá a expedir otro acto administrativo que reconoce "(...) el costo acumulado del ascenso. Este costo será el correspondiente al causado a partir de los 60 días siguientes a la radicación de la solicitud hasta la fecha de la expedición del acto administrativo de ascenso."

Es claro entonces que cuando se perfecciona el ascenso en el Escalafón Docente, ni el tiempo que duró la Administración para resolver la solicitud de ascenso ni el incremento salarial que genera la promoción, se pierden por el hecho de que la norma en cuestión disponga que los efectos fiscales del ascenso se generan a partir de la fecha en que se expida el respectivo acto, pues los "efectos fiscales" a que se refiere la norma acusada deben ser entendidos como la obligación que tiene la Administración a que en lo sucesivo se pague al docente conforme el

grado correspondiente en el sistema de clasificación que fue ubicado, sin que con ello se estén desconociendo los incrementos salariales que causó el docente que, como ya se vio, son pagados a través del acto administrativo que reconoce, no el ascenso sino, el denominado "costo acumulado".

En otras palabras, la Administración comienza a generar el pago del ascenso respectivo una vez se expida el acto que ordena la promoción, y concomitantemente debe proferirse el acto administrativo que reconoce el "costo acumulado", que no es otra cosa que el pago de manera retroactiva que se le debe al docente promovido desde el momento en que cumplió los requisitos para el ascenso hasta que se profiera el acto de ascenso.

No obstante que la Sala mantendrá incólumes los apartes demandados del artículo 5º del Decreto 1095 de 2005 por las consideraciones que preceden, considera necesario que los mismos se apliquen siempre bajo el entendido de que los efectos fiscales del acto de ascenso a que se refiere la norma acusada hacen referencia a la obligación que tiene la Administración a que en lo sucesivo del acto en mención pague al docente conforme el grado correspondiente en el sistema de clasificación que fue ubicado.

3. Pasa la Sala a analizar el último de los expedientes acumulados, cual es el 10250-05, en el cual se solicita la nulidad del último inciso del parágrafo del artículo 2º, por cuanto desconoce el principio constitucional de la condición más beneficiosa para el trabajador plasmada en los artículos 1º, 2º, 4º, 25 y 53 de la Constitución Política, el principio de la irretroactividad de las normas y el derecho al debido proceso, que busca su aplicación a situaciones de ascenso en el escalafón consolidadas a la luz del Decreto 2277 de 1979. De igual manera se estudiará si el Ejecutivo se extralimitó en sus funciones reglamentarias al modificar lo consagrado en el artículo 12 del Decreto Ley 2277 de 1979, en cuanto dispuso en el artículo 3º que el título por el cual se obtenga el reconocimiento por efectos del mejoramiento académico no podría ser utilizado posteriormente para nuevos ascensos en el Escalafón Nacional Docente.

3.1. De la aplicación del Decreto 1095 de 2005, frente a las solicitudes radicadas luego del 1º de enero de 2002.

El decreto 1095 de 2005, "*Por el cual se reglamentan los artículos 6º, 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*" dispuso en el parágrafo del artículo 2º que:

"Aquellas solicitudes ascenso radicadas con posterioridad al primero de enero de 2002, serán resueltas de conformidad con lo establecido en el presente decreto. (El aparte subrayado es lo que se demanda).

Si se tiene en cuenta que cuando el aparte demandado se refiere a que las solicitudes formuladas luego del 1º de enero de 2002, se resolverán "de conformidad con lo establecido en el presente decreto" se le está dando un carácter retroactivo a la norma de 2005, en cuanto se está aplicando a supuestos de hecho y/o situaciones existentes con anterioridad al inicio de su vigencia formal.

Por regla general las normas rigen hacia el futuro, en aras de la seguridad jurídica que es un principio de máxima importancia y si bien es posible dar aplicación retroactiva a una norma de carácter laboral, sólo podría serlo en aplicación del principio de favorabilidad.

Cuando el legislador da efectos retroactivos a una norma, lo debe hacer con la precaución de no lesionar situaciones consolidadas o derechos adquiridos en vigencia de la norma que se deroga o modifica.

Esta precaución -y prohibición en ciertos casos-, es consustancial al derecho en una sociedad democrática, pues cuando se regulan aspectos sociales a través de normas jurídicas, se está dirigiendo la conducta libre de las personas, por lo que es necesario que los asociados conozcan previamente las normas para que puedan adecuar sus comportamientos a las mismas. Por ello, la aplicación retroactiva de una norma no sólo rompe la confianza de las personas en el derecho, con lo cual se afecta la buena fe, sino que, además, desconoce la libertad y autonomía de los destinatarios de las mismas.

En el caso de autos, la Sala no encontró justificación válida relacionada con el principio de favorabilidad, que debe primar en el tránsito de legislación en materia laboral, para que el Decreto 1095 se aplique retroactivamente a situaciones o supuestos de hecho existentes con anterioridad a su vigencia.

Lo anterior cobra mayor valor si se tiene en cuenta que el artículo 24 de la Ley 715, dispuso que durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2002 y el 30 de diciembre de 2008, el ascenso en el Escalafón Nacional Docente los docentes y directivos docentes se regirían por una serie de disposiciones contempladas en dicha Ley¹³, por eso, encuentra atinado la acusación del actor en este proceso en cuanto consideró que el segmento demando del parágrafo del artículo 2º, no sólo violaba el artículo 58 de la Constitución Política, como ya se vio, sino el 24 de la Ley 715, en cuanto dispuso que las solicitudes de ascenso radicadas luego del 1º de enero de 2002 se resolverían de conformidad con lo allí establecido, cuando la misma Ley tenía consagradas otras disposiciones para los ascensos que se declararan a partir del 1º de enero.

En ese orden, las solicitudes de ascenso radicadas con posterioridad al primero de enero de 2002, se deben resolver conforme lo establecido en la normativa vigente para la época, y sólo es aplicable el Decreto 1095, a aquellas que se radicaron durante su vigencia.

Así las cosas, la Sala declarará la nulidad de la expresión "*Aquellas solicitudes ascenso radicadas con posterioridad al primero de enero de 2002 serán resueltas de conformidad con lo establecido en el presente decreto*" por violación del artículo 58 Superior, 24 de la Ley 715 de 2001.

3.2. De la extralimitación de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional al modificar lo consagrado en el artículo 12 del Decreto Ley 2277 de 1979.

Considera el demandante que el artículo 3º del Decreto 1095, modificó lo consagrado en el artículo 12 del Decreto 2277 de 1979, en cuanto dispuso que el título por el cual se obtenga el reconocimiento por efectos del mejoramiento académico no podría ser utilizado posteriormente para nuevos ascensos en el Escalafón Nacional Docente, lo cual, a su juicio, desborda sus funciones reglamentarias.

El aparte demandado se encuentra contemplado en el inciso 3º del artículo 3º, así:

"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." (Se subraya lo que se demanda) (Negrita de la Sala).

Por su parte, el demandante acusa este fragmento por cuanto modificó sin facultades para ello, el artículo 12 del Decreto 2277 de 1979, que a la letra dice:

"Artículo 12º.- Ascenso por título docente. El educador escalafonado que acredite un título docente distinto del que le sirvió para ingreso al escalafón, adquiere el derecho de ascenso al grado que le corresponde en virtud a dicho título, se exceptúa el ascenso al grado 14, para el cual deben reunirse los demás requisitos establecidos en el artículo 10º."

De la confrontación de las dos normas referidas, se evidencia claramente que el artículo 3º del Decreto 1095, en su aparte demandado, no hace alusión a los Ascensos por título docente a que se refiere el 12 del Decreto 2277, sino, más bien, a los ascensos por estudios superiores de que trata el 39 ibídem.

En consecuencia, el estudio de legalidad que tendría que efectuar la Sala del artículo 3º del Decreto demandado, sería frente a la presunta violación del artículo 39 del Estatuto Docente, sin embargo, la ausencia de argumentos para la confrontación de estas dos normas, hacen que la Sala deniegue la nulidad propuesta, pues al no guardar relación la disposición demandada con el artículo 12 del Decreto 2277 de 1979, es imposible su quebrantamiento.

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

1). Dentro del proceso 10250-05, DECLÁRASE la nulidad de la expresión "*Aquellas solicitudes de ascenso radicadas con posterioridad al primero de enero de 2002, serán resueltas de conformidad con lo establecido en el presente decreto*", contenida en el párrafo del artículo 2º del Decreto 1095 de 2005, y se deniega en lo demás.

2). Dentro del proceso 9552-05 DENÍEGANSE las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad por inconstitucionalidad del Decreto 1095 de 2005.

3). Dentro del proceso 4719-05 DENÍEGANSE las pretensiones de la demanda.

Una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN
ALFONSO VARGAS RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE
BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ
LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Exps. acumulados Nos. 4719-05, 9552-05 y 10250-05. Actor: Jorge Humberto Valero Rodriguez, Pedro Abraham Roa Sarmiento y Konrad Sotelo Muñoz.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Folio 166 Expediente 4719-05.

2 Expediente 4719-05 Auto 30 de junio de 2005 (fl. 23) Expediente 9552-05 Auto 10 de marzo de 2006 (fl. 19) Expediente 10250-05 Auto 18 de mayo de 2006 (fl. 19).

3 Exp. 4719-05 16 de mayo de 2005; Exp. 9552-05 14 de Octubre de 2005 y 10250-05 6 de diciembre de 2005.

4 Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No. 1100103150002001019401, Auto del 11 de octubre de 2001, Consejero Ponente Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, actora ROSALBA INÉS JARAMILLO MURILLO.

5 Sentencia del 15 de enero de 2003. Expedientes: 6414/ 6424/ 6447/ 6452/ 6453/ 6522/ 6523/ 6693/ 6714/ 7057. Actores: Franky Urrego Ortiz y otros.

6 Artículo 237 numeral 2º) Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional.

7 Así se dijo en sentencia del 14 de mayo de 2009 Expediente No.: 1478-06 Actor: JORGE MARIO BENITEZ PINEDO Y OTRO MP. Luis Rafael Vergara Quintero.

8 Artículos 14 a 25 del Decreto 2277 de 1979.

9 Estatuto del personal docente de enseñanza primaria y secundaria de la Nación.

10 Derogado por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001.

11 "ARTÍCULO 2º. Las solicitudes de ascenso serán 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." Aparte tachado declarado nulo por sentencia del 26 de abril de 2007 proferida por el Consejo de Estado, Exp. 5108-05, M.P. dra. Ana Margarita Olaya Forero.

12 Tomado del Diccionario de la Lengua Española.

13 ARTÍCULO 24. SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES. Durante el período de siete años, comprendido entre enero 10, 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.

Fecha y hora de creación: 2026-01-11 13:58:41