



RESOLUCIÓN No. CNSC - 20172310075595 DEL 26-12-2017

“Por la cual se resuelve el recurso de apelación presentado por LUBERIO HURTADO, en contra de la Resolución No. 2182 del 26 de septiembre de 2017 proferida por la Secretaría de Educación del Valle del Cauca”

LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

En ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 909 de 2004, en especial el literal d) del artículo 12; el Decreto Ley 1278 de 2002, artículo 17, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Resolución No. 125 del 13 de febrero de 2014 y,

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

La Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano oficial de rango constitucional garante de la protección del sistema de mérito en el empleo público, de conformidad con lo consagrado en el artículo 130 de la Constitución Política, es la entidad del Estado responsable de la administración y vigilancia de los sistemas de carrera, con excepción de los de origen constitucional. Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-175 de 2006 declaró exequible la frase *“el que regula el personal docente”*, contenida en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 909 de 2004, artículo éste que establece que las disposiciones contenidas en dicha ley se aplicarán con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que rige a los servidores públicos de las carreras especiales.

En virtud de la sentencia antes citada, la Corte Constitucional señaló expresamente como competencia constitucional de la Comisión Nacional del Servicio Civil la de administrar y vigilar la carrera docente, por tratarse un sistema especial de carrera de origen legal.

El artículo 12, literal d) de la Ley 909 de 2004 estableció entre las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera, la de *“Resolver en segunda instancia las reclamaciones que sean sometidas a su conocimiento en asuntos de su competencia...”*

El Decreto Ley 1278 de 2002, *“Estatuto de profesionalización Docente”* señaló en su artículo 17 *“ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA DE LA CARRERA DOCENTE”* que: *“...La segunda instancia corresponderá a la Comisión Nacional del Servicio Civil.”*

Mediante Resolución No. 125 del 13 de febrero de 2014 la CNSC resolvió delegar en cada Comisionado, resolver en segunda instancia las reclamaciones frente a las decisiones que en primera instancia adopten las Secretarías de Educación certificadas en materia de carrera docente.

II. ANTECEDENTES

El señor LUBERIO HURTADO se desempeña como docente en la entidad territorial certificada en educación Departamento del Valle del Cauca, y se inscribió para participar en el proceso de *“EVALUACIÓN PARA ASCENSO DE GRADO Y REUBICACIÓN DE NIVEL SALARIAL PARA LOS EDUCADORES QUE NO LOGRARON EL ASCENSO DE GRADO O LA REUBICACIÓN EN UN NIVEL SALARIAL SUPERIOR ENTRE LOS AÑOS 2010-2014”*, prevista en el Decreto 1757 de 2015, aspirando a la reubicación salarial del grado 2 nivel A al grado 2 nivel B dentro del escalafón docente.

Dentro del proceso antes enunciado, el educador no aprobó la evaluación de carácter diagnóstica formativa, motivo por el cual optó por la realización de un curso de formación en los términos del artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1075 de 2015 modificado por el Decreto 1757 de 2015.

“Por la cual se resuelve el recurso de apelación presentado por LUBERIO HURTADO, en contra de la Resolución No. 2182 del 26 de septiembre de 2017 proferida por la Secretaría de Educación del Valle del Cauca”

Una vez aprobado el curso de formación, mediante escrito presentado ante la Secretaría de Educación de Valle del Cauca por medio del radicado SAC 1095523 el día 27 de junio de 2017, el docente solicitó la reubicación salarial al grado 2 Nivel B del escalafón docente.

Por Resolución No. 2182 del 26 de septiembre de 2017 la Secretaría de Educación del Valle del Cauca resolvió reubicar al educador Hurtado en el grado 2B del escalafón docente, señalando que dicho acto produce efectos fiscales a partir del día 19 de julio de 2017.

El anterior acto administrativo fue notificado a al docente quien, dentro del término legalmente establecido, interpuso recurso de apelación.

Por oficio con radicado No. 20176000728472 del 23 de octubre de 2017 la Secretaría de Educación del Valle del Cauca remitió a la CNSC la documentación relacionada con el recurso de apelación interpuesto, para lo de su competencia.

III. ARGUMENTOS DEL RECURSO

El educador Luberio Hurtado, solicita en el recurso de apelación que se ordene a la entidad territorial reconocer efectos fiscales del movimiento en el escalafón a partir del 1º de enero de 2016.

Sustenta su recurso de apelación señalando que en el acta de acuerdos de fecha 17 de agosto de 2017 entre FECODE y el Gobierno Nacional, se comprometió el Ministerio de Educación a cumplir el pacto con FECODE consistente en que los efectos fiscales de las reubicaciones o ascensos tanto para quienes aprobaron la evaluación diagnóstica formativa como para quienes aprobaron cursos de formación sería a partir del 1 de enero de 2016, en forma retroactiva.

Igualmente, indica que superar el curso de formación implica superar la evaluación diagnóstica formativa, ya que *“es un (1) solo procedimiento, en el cual se asciende o se reubica el docente en dos (2) actuaciones administrativas diversas, pero que hacen parte del mismo conducto de cumplimiento de la respectiva evaluación (...)”*, y de acuerdo con el numeral 7º del acta del 17 de agosto de 2016 del Comité de Implementación de la ECDF, entre los delegados del Ministerio de Educación y FECODE, ello daría derecho a la retroactividad en los efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2016.

Afirma que existe una contradicción entre el artículo penúltimo inciso del artículo 2.4.1.4.5.11, el inciso 4º del artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1757 de 2015, con el numeral 7º del acta del 17 de agosto de 2016 antes enunciada, lo cual justifica su inaplicación por vía de excepción de ilegalidad; señala también que existe contradicción entre las dos normas referidas del Decreto No. 1757 de 2017 y debe aplicarse la disposición más favorable al trabajador según lo previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Reitera el recurrente que la forma de interpretar el artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1757 de 2015 no es adecuada, dado que no fue lo pactado con FECODE, que tiene categoría de ley, cuya única justificación es el ahorro de dineros públicos, abusando de la necesidad imperiosa para adquirir un mejor escalafón como docente, convirtiéndose en un trato desigual e indignante, al tratarse del mismo proceso de evaluación que culminó satisfactoriamente, en una misma actuación administrativa.

IV. CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

1. Normatividad aplicable a la reubicación salarial o ascenso de los educadores que no superaron las evaluaciones de competencias aplicadas durante los años 2010 y 2014.

El artículo 53 de la Constitución Política establece unos principios fundamentales en materia laboral, en los que se incluyen el de remuneración mínima vital y móvil, así como de estabilidad en el empleo, postulados que son garantizados plenamente en un régimen de carrera administrativa, como el de los docentes y directivos docentes oficiales.

Por su parte, la Ley 909 de 2004 definió a la carrera administrativa en su artículo 27 como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto, entre otros, ofrecer estabilidad e igualdad

“Por la cual se resuelve el recurso de apelación presentado por LUBERIO HURTADO, en contra de la Resolución No. 2182 del 26 de septiembre de 2017 proferida por la Secretaría de Educación del Valle del Cauca”

de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. De igual forma, el artículo 28 de la mencionada Ley contempla al mérito, la libre concurrencia e igualdad, la publicidad, transparencia, eficiencia, confiabilidad e imparcialidad como principios que orientan el ingreso y ascenso en la carrera.

En relación con el sistema específico de carrera de los docentes y directivos docentes oficiales, el Decreto Ley 1278 de 2002 dispone en su artículo 17 que *“La carrera docente se orientará a atraer y a retener los servidores más idóneos, a promover el desarrollo profesional y el mejoramiento continuo de los educadores y a procurar una justa remuneración (...)”*. Así mismo, el artículo 37 del referido Decreto establece como un derecho de los docentes y directivos docentes al servicio del Estado el ser estimulados para la superación y eficiencia mediante un sistema de remuneración acorde con su formación académica y desempeño.

Así, es claro que uno de los objetivos de los sistemas de carrera administrativa –como el que rige al personal docente oficial- es garantizar y permitir que los servidores puedan ascender en la carrera y mejorar sus condiciones laborales; ahora, ni la Constitución Política ni la Ley en forma general han definido en qué consiste este mejoramiento de condiciones laborales en la carrera, motivo por el cual ello se realiza según lo establezcan el legislador en su libertad de configuración normativa, o el ejecutivo en ejercicio de su potestad reglamentaria, al momento de desarrollar la regulación propia del sistema de carrera que se trate, sea el general o uno específico.

Para el caso particular de los docentes y directivos docentes oficiales, el Decreto Ley 1278 de 2002 contempla el sistema de evaluación de competencias (artículos 23, 35 y 36), como el mecanismo por excelencia para que un educador ascienda de grado en el escalafón docente o sea reubicado salarialmente en alguno de los distintos niveles previstos. Esta evaluación se encuentra hoy reglamentada en la sección 4ª, capítulo 4º, título 1º, parte 4ª, libro 2º del Decreto 1075 de 2015, el cual sufrió una modificación a través del Decreto 1757 de 2015, adicionando una sección 5ª al capítulo 4º, título 1º, parte 4ª, libro 2º; en esta nueva sección, se estableció una modalidad diferente y especial de evaluación para ascenso de grado y reubicación salarial, dirigida a los educadores que no lograron ascender ni reubicarse en las evaluaciones de competencias aplicadas durante los años 2010 y 2014, que tendrá carácter diagnóstica formativa.

En el marco del Decreto 1757 de 2015, el Ministerio de Educación Nacional determinó las reglas de este proceso especial, en la Resolución No. 15711 de 2015 y sus modificaciones, determinando en el artículo 12 que para acceder a la reubicación o ascenso el educador debe superar la evaluación diagnóstica formativa con más de ochenta (80) puntos, en una escala de uno (1) a cien (100) puntos.

Por su parte, el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015 modificado por el Decreto 1751 de 2016, señaló que la reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1º de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso.

Ahora, frente a los docentes que se inscribieron y participaron en el proceso especial y no superaron la evaluación diagnóstica formativa con más de ochenta (80) puntos, el artículo 2.4.1.4.5.12, adicionado por el Decreto 1757 de 2015, contempló un **mecanismo alternativo** para lograr la reubicación o ascenso, esto es, adelantar uno de los cursos de formación que ofrezcan universidades acreditadas institucionalmente y/o que cuenten con facultades de educación de reconocida trayectoria e idoneidad, de conformidad con los parámetros establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y siempre que cuenten con la respectiva aprobación de este. Agrega la norma antes enunciada, que la reubicación salarial o el ascenso de grado en el Escalafón Docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del inciso anterior, surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora.

Se insiste en que, los artículos 2.4.1.4.5.11 y 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1075 de 2015, adicionados por el Decreto 1757 de 2015, identifican y regulan dos (2) supuestos de hecho diferentes, atribuyéndoles consecuencias jurídicas igualmente disímiles, a saber:

“Por la cual se resuelve el recurso de apelación presentado por LUBERIO HURTADO, en contra de la Resolución No. 2182 del 26 de septiembre de 2017 proferida por la Secretaría de Educación del Valle del Cauca”

- i) El educador que apruebe la evaluación diagnóstica formativa en los términos fijados por el Ministerio de Educación Nacional (con más de ochenta (80) puntos), accede a la reubicación o ascenso pretendido, acreditando los demás requisitos exigidos por la normatividad. En este evento, los efectos fiscales de la reubicación o ascenso se surten a partir del 1º de enero de 2016.
- ii) El educador que no apruebe la evaluación diagnóstica formativa con más de ochenta (80) puntos, debe realizar un curso de formación, y luego de aprobarlo, podrá acceder a la reubicación o ascenso pretendido, acreditando los demás requisitos exigidos por la normatividad. En este evento, los efectos fiscales se surten a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de aprobación del curso ante la entidad territorial nominadora.

Igualmente, de las normas tanto del Decreto 1757 de 2015 como de la Resolución No. 17511 de 2015 y sus modificaciones, se puede deducir con claridad, que la evaluación diagnóstica formativa, como instrumento de prueba dentro del proceso de ascensos o reubicaciones para los educadores que no obtuvieron el movimiento en el escalafón en los años 2013 y 2014, sólo se aprueba al obtener más de ochenta (80) puntos; en consecuencia, a los educadores que no la superen no se les pueden aplicar las consecuencias jurídicas del artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015.

2. Improcedencia de la aplicación de la excepción de ilegalidad por parte de las autoridades administrativas.

Invoca el educador en su recurso ante la CNSC la excepción de ilegalidad, solicitando que se inaplique por parte de la entidad, el inciso 4º del artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1075 de 2015, adicionado por el Decreto 1757 de 2015 e incluso el artículo 2.4.1.4.5.11 del mismo Decreto.

Al respecto, debe decirse que, como lo ha sostenido en forma reiterada la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo, si bien la denominada “*excepción de ilegalidad*” resulta ajustada a nuestro ordenamiento jurídico como mecanismo de garantía y respeto al sistema jurídico y la jerarquía normativa que lo caracteriza, esta posibilidad de inaplicar disposiciones por ser contradictorias con otras de superior rango a las que deban subordinarse, está reservada en forma exclusiva a los Jueces de la República, sin que pueda extenderse tal facultad a las autoridades administrativas. Así lo señaló la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“La Corte encuentra que es de rango constitucional la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa. Los artículos 236 a 238 atribuyen, en efecto, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha función, la cual debe ejercerse en los términos que señale la ley. En efecto, el artículo 237, refiriéndose al Consejo de Estado afirma que a esa Corporación corresponde “Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley”. De igual manera, el artículo 236, respecto de cada una de las salas y secciones que lo integran, indica que la ley señalará las funciones que les corresponden. Y finalmente el artículo 238, deja también en manos del legislador el señalamiento de los motivos y los requisitos por los cuales la jurisdicción contencioso administrativa puede suspender provisionalmente “los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

*De todo lo anterior concluye la Corte que **no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o la autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador.** Así las cosas el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe ser interpretado de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan*

“Por la cual se resuelve el recurso de apelación presentado por LUBERIO HURTADO, en contra de la Resolución No. 2182 del 26 de septiembre de 2017 proferida por la Secretaría de Educación del Valle del Cauca”

al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución.” (Resaltado fuera de texto)¹.

En este sentido, no es posible acceder a la solicitud de excepción de ilegalidad formulada por el recurrente, al ser una atribución exclusiva de las autoridades judiciales y no de las autoridades administrativas, como la CNSC.

Ahora, sin perjuicio de lo expuesto, se advierte que el recurrente considera que las disposiciones del Decreto 1757 de 2015 cuya inaplicación solicita, vulneran los acuerdos efectuados entre el Gobierno Nacional y FECODE, los cuales se destaca, no son normas jurídicas dentro de la jerarquía normativa del ordenamiento colombiano, menos puede afirmarse que son normas de rango legal o constitucional a las que los Decretos expedidos por el ejecutivo deban subordinarse, razón más para la improcedencia de la excepción alegada.

3. El derecho a la reubicación salarial del educador.

Partiendo de lo expuesto en el numeral anterior, en el sentido de ser improcedente que la CNSC inaplique y desconozca lo establecido en el artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1075 de 2015, adicionado por el Decreto 1757 de 2015, se verificará, acorde a la normativa aplicable al proceso de evaluación diagnóstica formativa, el derecho del educador a su reubicación salarial.

Así, de conformidad con los documentos que reposan en la actuación, se evidencia que el docente ostenta derechos de carrera, se encontraba en el grado 2 nivel A del escalafón docente y se inscribió para participar en el proceso de evaluación que trata del Decreto 1757 de 2015, con el propósito de lograr su reubicación salarial al nivel B del grado 2.

No obstante, el educador no superó la evaluación diagnóstica formativa con más de ochenta (80) puntos, como lo exigen la Resolución No. 17511 de 2015 y sus modificaciones, en consonancia con el Decreto 1757 de 2015, motivo por el cual debió optar por la realización de un curso de formación en los términos del artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1075 de 2015.

En este sentido, se observa que el recurrente acreditó ante la entidad territorial haber aprobado el curso de formación mediante escrito con radicado SAC 1095523 el día 27 de junio de 2017, solicitando se efectuara su reubicación salarial al nivel B del grado 2.

Se destaca aquí, que el educador en su recurso, no discute ni censura su reprobación de la evaluación diagnóstica formativa, ni la fecha en que informó a la entidad territorial de la aprobación de su curso de formación, así como tampoco debate o manifiesta inconformidad con el nivel salarial en el que fue reubicada, motivo por el cual se da veracidad a lo afirmado en estos aspectos por la entidad territorial en el acto administrativo recurrido.

Del mismo modo, la entidad territorial, en la Resolución objeto de censura, afirma que el educador cumplió, además del curso de formación, con los demás requisitos para acceder a la reubicación salarial pretendida.

En este orden de ideas, se constata que el docente adquirió en debida forma su derecho a la reubicación salarial del nivel A del grado 2 al nivel B del grado 2, al radicar la certificación de aprobación del respectivo curso de formación ante la entidad territorial el 27 de junio de 2017, y reunir previamente los demás requisitos exigidos, lo que en consecuencia lleva a aplicar por parte de la entidad territorial la regla prevista en el inciso 4º del artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1075 de 2015, adicionado por el Decreto 1757 de 2015 sobre sus efectos fiscales.

Sin embargo, en el artículo 4 del acto administrativo recurrido, la Entidad Territorial reconoce los efectos fiscales a partir del día 19 de julio de 2017, según consta el acto administrativo objeto del recurso, desconociendo lo dispuesto en el artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1757 de 2015, que los ordena desde la presentación de la certificación de haber superado el Curso de Formación ante la

¹ Corte Constitucional Sentencia C-037 de 2000, precedente citado y reiterado, entre otras, en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 29 de enero de 2009, Rad. No. 76001-23-31-000-1993-19379 01(13206).

“Por la cual se resuelve el recurso de apelación presentado por LUBERIO HURTADO, en contra de la Resolución No. 2182 del 26 de septiembre de 2017 proferida por la Secretaría de Educación del Valle del Cauca”

autoridad nominadora. Es claro, que en este aspecto, no existe justificación para la diferencia de fechas, en detrimento del derecho del educador.

Así las cosas, la Comisión Nacional del Servicio Civil no encuentra acertada la decisión de la entidad territorial de reconocer los efectos fiscales desde fecha distinta de la radicación de documentos por parte del docente, esto es el 27 de junio de 2017, por lo que se procederá a revocar parcialmente la decisión en este sentido.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Revocar parcialmente la Resolución No. 2182 del 26 de septiembre de 2017 proferida por la Secretaría de Educación del Valle del Cauca, mediante la cual se reubicó salarialmente al educador LUBERIO HURTADO, en el grado 2 nivel B del escalafón docente, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, Ordenar a la Secretaría de Educación del Valle del Cauca, reconocer los efectos fiscales de la reubicación y/o ascenso desde el día 27 de junio de 2017, fecha en la cual el educador acreditó el curso de formación ante la Entidad Territorial.

ARTÍCULO TERCERO.- Notificar el contenido de la presente resolución a LUBERIO HURTADO, identificada con cédula de ciudadanía No. 6.464.614, en la Calle 51 No. 41 – 49, barrio San José en el municipio de Sevilla, Valle del Cauca, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO CUARTO. Comunicar la presente decisión a la Secretaría de Educación del Valle del Cauca, ubicada en la Carrera 6 entre calles 9 y 10, edificio Palacio de San Francisco, de la ciudad de Cali, Valle del Cauca.

ARTÍCULO QUINTO. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D. C. 26-12-2017



LUZ AMPARO CARDOSO CANIZALEZ
Comisionada

Proyectó: César Correa Martínez
Revisó: César Correa Martínez.

