

ADSCRIPCION DE FUNCIONES EN EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA – No implica modificar la estructura orgánica de la entidad

El primer reproche que se hace al Decreto Reglamentario No. 3782 de 2007, concierne a que en él se otorgaron facultades y funciones a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Ministerio de Educación. Como en los artículos 7º, 8º y 9º del referido Decreto se alude a las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Ministerio de Educación, la parte demandante halla en ellos un vicio de inconstitucionalidad, pues con sujeción al artículo 150, numerales 7º y 23 de la Constitución Política, está reservado al legislador determinar la estructura de los Ministerios y entidades del orden nacional. A juicio de la Sala el reclamo del demandante está equivocado, porque hay mucha distancia entre adscribir unas funciones a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Ministerio de Educación y determinar la estructura de estas instituciones por medio de un decreto reglamentario. Acontece simplemente que la estructura de la administración pública, no se determina, tampoco se transforma radicalmente, y menos se altera el régimen básico de sus competencias orgánicas, porque se añade una que por afinidad está llamada a mejorar la eficacia de la administración. Llevar al extremo, como hace el demandante, los límites y restricciones de la potestad reglamentaria, entendiendo que cualquier reglamento implica modificar la estructura orgánica de la entidad, significa en la práctica negar la potestad que la constitución ha confiado al Presidente de la República como Suprema Autoridad de la Administración, de reglamentar las leyes para obtener su cumplida ejecución, como manda el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 NUMERAL 11

CARRERA ADMINISTRATIVA DOCENTE - Es de regulación legal / CARRERA ADMINISTRATIVA DOCENTE - Ingreso y permanencia. Competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil

En lo que toca con la Comisión Nacional del Servicio Civil, vale resaltar que la Corte Constitucional en la sentencia C-175 de 2006 determinó diferencias sustanciales entre algunos sistemas de carrera que tienen fuente directa en la Constitución y otros que son desarrollados por el legislador con fundamento en los artículos 125 y 130 de la carta. Como la carrera docente, aunque de naturaleza especial, está regulada solamente en la ley, la Comisión Nacional del Servicio Civil sí es la entidad llamada a intervenir y participar activamente en el gobierno de las actividades de ingreso y permanencia de los docentes por el sistema de mérito.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la administración y vigilancia de carreras especiales de origen legal por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, Corte Constitucional, sentencia C-175 de 2006

EVALUACION ANUAL DE DESEMPEÑO LABORAL DE LOS SERVIDORES DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTES - Intervención del Ministerio de Educación

También se ha puesto reparo en que el Ministerio de Educación Nacional no podía recibir la asignación de funciones sobre manejo de la carrera, como se le entregaron en el Decreto demandado. No obstante, ninguna duda cabe que el legislador sí puede confiar funciones al Ministerio de Educación para estos menesteres de la carrera docente, en particular por la afinidad de la materia. Además, en el presente caso, el legislador mediante la Ley 715 de 2001 entregó

al Presidente de la República, varias facultades extraordinarias, entre ellas la de consagrar un nuevo régimen de carrera docente y derogar el Estatuto Docente, esto es, el Decreto No. 2277 de 1979. En efecto en artículo 5º, numeral 5.8, se facultó al ejecutivo “para definir y establecer las reglas y mecanismos generales para la evaluación y capacitación del personal docente y directivo docente.”, lo que muestra que tantas atribuciones se confiaron al Presidente como legislador extraordinario en materia de carrera docente.

EVALUACION ANUAL DE DESEMPEÑO LABORAL DE LOS SERVIDORES DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTES – Participación de los entes territoriales

En lo que concierne a la responsabilidad de los entes territoriales, la Ley 715 de 2001 en su artículo 6º estableció las competencias territoriales, y, en el numeral 6. 2. 6., estipuló cómo ellas podrían participar en la evaluación, de donde viene que no hay abuso de la potestad reglamentaria si obró el Presidente dentro del marco que la ley le otorgó. Se advierte de igual modo, que para el logro de los fines esenciales del Estado, cada uno de los entes territoriales a más de la tutela administrativa concurre en la prestación de los servicios respecto de aquellos servicios que, de manera directa, no pueda atender el Gobierno Nacional. Además, la Ley 715 de 2001, en su artículo 6º consagró las competencias territoriales, y, en el numeral 6. 2. 6., estipuló la particular de evaluación, como una de las responsabilidades en que pueden participar las entidades territoriales. Siguese de ello que no hubo exceso o desbordamiento del poder reglamentario que la Constitución asigna al Presidente de la República, pues de ese modo, a juicio del Presidente, como supremo director de la administración que es, se cumplen mejor los fines del Estado.

FUENTE FORMAL: LEY 715 DE 2001 - ARTICULO 6 NUMERAL 6 / LEY 715 DE 2001 ARTICULO 6 NUMERAL 2

EVALUACION ANUAL DE DESEMPEÑO LABORAL DE LOS SERVIDORES DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTES – Logro de resultados a través de la gestión. Potestad reglamentaria

Los reproches que se hacen a la norma reglamentaria, se extienden a esa parte del artículo 2º según la cual la evaluación es fruto del desempeño, y del logro de resultados “a través de su gestión”. Este segmento remarcado del texto origina el reclamo del demandante, quien no repara en que esa expresión involucra un elemento valioso en la medida en que la mejoría institucional, en cuanto sea resultado de la labor de una o varios docentes o directivos docentes, debe tener influjo en la calificación individual. Dicho con un ejemplo, si una institución recibe distinciones o méritos o una evaluación satisfactoria en conjunto, o sus alumnos se ubican de manera óptima en los exámenes de Estado, ese logro de resultados institucionales puede y debe tener influjo en la evaluación personal del docente. No hay entonces desmedro para las personas, ni abuso de la potestad reglamentaria al involucrar un elemento de detalle a la metodología de la calificación, es decir no viola el artículo 32 que es la norma matriz, sino que lo complementa armoniosamente en procura de lograr los fines y objetivos de la calificación. Es que no todo añadido o precisión que se haga al texto legal reglamentado cae en el exceso ni debe ser sancionado con la nulidad, porque ello significaría frustrar el poder reglamentario del Presidente de la República y desconocer que es el supremo director de la Administración Pública, a quien compete velar por la cumplida y eficaz realización de los fines que persigue el

legislador, mientras no desdibuje o traicione la inspiración que tuvo aquel al expedir la norma.

ACTO DE EVALUACION ANUAL DE DESEMPEÑO LABORAL DE LOS SERVIDORES DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTE - Término de interposición de recursos y presentación

Tampoco la razón acompaña al demandante en cuanto a que la fijación del plazo para impugnar, mediante los recursos de reposición y de apelación, y la forma de presentarlos, se deba someter a la previsión general que señala el Decreto 01 de 1984, pues el Código Contencioso Administrativo es un cuerpo dispositivo de tipo general, que podría ser sustituido por una norma específica como el Decreto No. 3782 propio de la evaluación de docentes y directivos docentes, si con la regulación no se lesionan las garantías y derechos fundamentales de publicidad y contradicción, ni se alteran las competencias atribuidas por el legislador.

EVALUACION ANUAL DE DESEMPEÑO LABORAL DE LOS SERVIDORES DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTE – Debe ser sólo una / FACULTAD REGLAMENTARIA – Vulneración

Se ha puesto en cuestión la validez del Decreto No. 3782 de 2007 en cuanto establece dos cortes de evaluación para cada año, sin reparar que la norma reglamentada previó sólo una. A juicio de la Sala, los artículos 20 y 21 del citado Decreto están en abierta contradicción con el dispositivo legal que dicen regular. Hay entonces manifiesta incongruencia entre lo dispuesto por el artículo 32, inciso 2º, del Decreto Ley 1278 con lo previsto en el Decreto Reglamentario. El artículo 32 de este decreto establece que la evaluación del desempeño “ (...) Será realizada al terminar cada año escolar a los docentes o directivos que hayan servido en el establecimiento por un termino superior a tres (3) meses durante el respectivo año académico ... ” Por contraste el artículo 20 del Decreto Legislativo No. 3782 dispone que haya “ (...) dos valoraciones. La primera valoración se efectuara en la mitad del año académico como parte del seguimiento al desempeño, con base en las evidencias obtenidas hasta ese momento, y el resultado se comunicará evaluado. La segunda valoración se efectuara al final del año académico con base en las evidencias obtenidas desde la primera valoración. La calificación final será el promedio ponderado por el numero de días de cada valoración, de acuerdo con el tiempo laborado por el docente. “Entonces es abierta la disconformidad entre el reglamento que duplica la evaluación unitaria ordenada por la norma matriz, que como Decreto Legislativo ya fue examinado en sede constitucional, sentencia C-734 de 2003, (26-111- Rad. 0 - 4467, M. P. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS), que declaró la legalidad de la expresión "será realizada al terminar cada año escolar a los docentes o directivos". Por ello, se decretará la nulidad del segmento de la norma reglamentaria que acaba de citarse, por desbordar los límites que impone la norma reglamentada.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1278 DE 2002

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3782 DE 2007 (2 de octubre). GOBIERNO NACIONAL. ARTICULOS 2, 3, 7, 8, 10, 11, 12, 20, 23. (Nulo parcialmente)

NOTA DE RELATORIA: Se decreta la nulidad de las expresiones “dos valoraciones”, la primera valoración y en general las que se refieran a más de una evaluación anual que aparecen en el Decreto 3782 de 2007

CALIFICACION INSATISFACTORIA DIRECTIVO DOCENTE - Debe regresar al cargo que desempeñaba en propiedad, sin que se condicione a la existencia de una vacante

Igual infortunio acompañará la norma que condiciona la restitución al cargo a la existencia de vacante. Juzga la Sala que si un servidor docente es calificado insatisfactoriamente en un cargo que no es el de su propiedad, tiene derecho a retornar, sin que haya mengua para su derecho a la estabilidad. La norma reglamentaria previó que el regreso al cargo del que provenía, procede para el docente oficial que obtenga 2 calificaciones insatisfactorias, pero ese retorno se hará "una vez exista vacante", norma esta viciada de nulidad porque tal previsión no está consagrada en la norma matriz, es decir en el artículo 25 del Decreto Legislativo No. 1278 de 2002, que, también fue declarado ajustada a la Carta Política mediante la sentencia C-895 de 7 de octubre de 2003. No es admisible que el servidor que proviene del sector oficial, en el que gozaba en esos momentos de las prerrogativas de estabilidad y permanencia, por no triunfar en el intento de nuevo destino, sea penado con la pérdida de la garantía de estabilidad. Por ello, la contrariedad entre la norma reglamentada y la reglamentaria, enseña sin más la nulidad de aquella.

NOTA DE REALTORIA: Se decreta la nulidad de la expresión "una vez exista vacante", que aparece inserta en el artículo 25 del Decreto 3782 de 2007

FUENTE FORMAL: DECRETO 1278 de 2002 -ARTICULO 25

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá. D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00007-00(0028-08)

Actor: JORGE HUMBERTO VALERO RODRIGUEZ

AUTORIDADES NACIONALES

Procede la Sala a resolver la acción de **simple nulidad** interpuesta por Jorge Humberto Valero Rodríguez respecto de algunos apartes del Decreto No. 3782 de 2007, expedido por el Presidente de la República.

LA DEMANDA

JORGE HUMBERTO VALERO RODRÍGUEZ, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó que se declare la nulidad parcial del siguiente acto:

- Artículos 2º, 3º, 7º, 8º, 10, 11, 12, 20, 23 y 25 del Decreto No. 3782 de 2 de octubre de 2007, mediante el cual se reglamenta la evaluación anual de desempeño laboral de los servidores públicos docentes, y directivos docentes, que se rigen por el Decreto Ley No. 1278 de 2002.

Las pretensiones tienen apoyo en los hechos que enseguida se compendian:

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades otorgadas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y el párrafo único del artículo 32 del Decreto Ley No. 1278 de 2002, expidió el Decreto que hoy es objeto de la demanda de simple nulidad.

En dicho Decreto se reglamentó la evaluación anual de desempeño laboral de los servidores públicos que prestan el servicio docente.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas el demandante cita las siguientes:

La Constitución Política, artículos 25, 29, 122, 123, 130, 150, 287, 288, 298, 300, 305, 331 y 315.

La Ley 115 de 1994, artículos 84, 148, 150, 151, 152, y 153.

La Ley 715 de 2001, artículo 10º.

La Ley 909 de 2004, en los artículos 3º y 11.

El Decreto No. 1278 de 2002, en los artículos 17, 24, 26, 29, y 32.

La Corte Constitucional, sobre la naturaleza y características de la Comisión Nacional del Servicio Civil, ha sostenido que ésta es una entidad pública de origen constitucional, de nivel nacional, con carácter autónomo y permanente, independiente frente a las ramas del poder público y a los demás órganos del Estado.¹

Así mismo, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 443 de 1999 señaló: “La Comisión del Servicio Civil es, entonces, una sola y, a juicio de la Corte, no tiene un carácter de cuerpo asesor o consultivo de Gobierno...de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos, cuya integración, periodo, organización y funcionamiento deben ser determinados por la ley”.

Por su parte, el artículo 7º del Decreto No. 3782 de 2007 dispone que: “la evaluación anual de desempeño laboral de docentes y directivos docentes es responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en la ley y en el presente Decreto, de la Comisión Nacional de Servicio Civil, del Ministerio de Educación Nacional...”, los artículos 8º y 9º ibidem asignan funciones a la Comisión y al Ministerio respectivamente.

El artículo 21 señala como competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el protocolo de las valoraciones y calificaciones de los docentes y directivos docentes.

Para el demandante es evidente que el Decreto demandado viola los mandatos contenidos en los artículos 150 numeral 7º de la Carta, pues está reservado al Congreso de la República expedir leyes, para asignar las funciones y responsabilidades de entidades como la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Ministerio de Educación Nacional; por lo mismo, concluye que el Gobierno Nacional no puede incursionar en esa materia.

Añade el demandante que las funciones del Ministerio de Educación Nacional, están detalladas en el artículo 48 de la Ley 115 de 1994, y para la Comisión Nacional del Servicio Civil en el artículo 11 de la Ley 900 de 2004 y a ese marco debe limitarse la actuación de ambas instituciones.

Aduce en su reproche el demandante que el artículo 10º del Decreto No. 3782 de 2007, en cuanto asigna a las Secretarías de Educación de las entidades territoriales

¹ Sentencia C-265 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

seis funciones para el desarrollo del proceso de evaluación, vulnera las normas arriba señaladas, pues corresponde a las autoridades locales fijar las funciones y responsabilidades de sus dependencias y el gobierno no puede interferir en esa materia. Se remite el demandante a la Ley General de Educación, Ley 115 de 1994, que en los artículos 150 y 153 determinó la funciones de los Departamentos y Municipios en materia de educación.

En la expedición del Decreto No. 3782, en cuanto asignó responsabilidades a algunos funcionarios y dependencias, no se cumplió el principio de unidad de materia, ya que no se trataba simplemente de adscribir funciones, sino que por el contrario de reglamentar un aspecto de la carrera docente, como lo es la evaluación por el desempeño laboral.

El Decreto acusado en su artículo 8º deja en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la administración y vigilancia de la carrera docente, en cuanto a evaluación de desempeño se refiere, cuando dicha comisión por expreso mandato del Estatuto de Profesionalización Docente, solamente hace las veces de segunda instancia para atender las reclamaciones que surjan de la carrera docente, según los artículos 3º de la Ley 909 de 2004, y 17 del Decreto Ley 1278 de 2002.

Refiere que el inciso 3º del artículo 3º del Decreto No. 3782 de 2007 en cuando dispone “estimular en ellos una disposición positiva”, va en contra de la esencia misma de la norma, en la medida que no toma en cuenta un componente de objetividad, es decir, se aparta del artículo 29 del Estatuto de Profesionalización Docente.

Así mismo, pone de presente que la norma arriba señalada, tiene por objeto la evaluación del docente individualmente considerado, y no de la institución educativa, para la cual el docente presta el servicio, pues para ello la Ley General de Educación se ocupó en el artículo 84, de establecer la evaluación institucional anual.

Añade el demandante que el artículo 20 del Decreto No. 3782 de 2007, tampoco se ajusta al Estatuto de Profesionalización del Docente, en la medida que la evaluación de desempeño es una sola, y debe llevarse a cabo al terminar el año escolar, contrario a lo que reglamentó el Gobierno Nacional, pues en la norma acusada las “valoraciones” se efectuaran, una en la mitad del año académico y la otra al final del año lectivo.

El inciso 3º del artículo 25 del Decreto No. 3782 de 2007, confirió la competencia de excluir del escalafón a un docente por una autoridad diferente a la que el legislador extraordinario determinó, lo que quebranta el principio de Juez Natural.

A su vez, el último inciso del artículo 25 del Decreto acusado, en caso de calificación insatisfactoria, condiciona el regreso de un docente a ocupar el cargo de origen a que exista una vacante, condición que es contraria a las competencias establecidas en el Estatuto Docente.

Del artículo 23 del Decreto No. 3782 de 2007, quebranta el derecho fundamental al debido proceso, por cuanto, de conformidad con el Código Contencioso Administrativo, los recursos interpuestos en el agotamiento de la vía gubernativa, por regla general, no tienen término para ser resueltos, como si lo impone el precepto impugnado. Así mismo la norma exige una solemnidad, como es la de la presentación personal, para dar curso a la impugnación, exigencia que no está contemplada en el citado código.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.- El Ministerio de Educación Nacional, se opuso a las pretensiones de la demanda con apoyo en los siguientes argumentos:

Para el Ministerio, las censuras al Decreto no tienen fundamento, si se analizan las normas acusadas a través de las sentencias de la Corte Constitucional², institución que han advertido la existencia de carreras especiales de origen constitucional. Que esta relación de carreras previstas en la Carta no era de carácter taxativo, pues existen carreras especiales de origen legal, como el régimen de las Universidades estatales, así como del personal que presta sus servicios en el DAS, Instituto Nacional Penitenciario, Registraduría Nacional del Estado Civil, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, carrera Diplomática y carrera Docente.

En cuanto al órgano encargado de la administración y vigilancia de la carrera administrativa, la Constitución, dispuso de la existencia de la Comisión Nacional del

² Sentencias C-391/93, C-356/94, C-507/95, C-746/99, C-725/00, C-517/02, C-313/03, C-734/03 y C-1230/05

Servicio Civil. Y por ello, sobre las carreras especiales de origen constitucional debe existir un órgano especial que las administre y vigile, diferente a la Comisión Nacional, lo anterior no obsta para que el legislador pueda de manera transitoria y excepcional asignar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la vigilancia de una carrera especial de orden Constitucional y, ante esta circunstancia se autorice la aplicación de la Ley 909 de 2004.

En cuanto a la regulación de las carreras especiales de creación legal, la Corte Constitucional concluyó que deben ser administrados y vigilados, sin excepción y con carácter obligatorio, por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Para el Ministerio, no existe contradicción entre el carácter supletorio que se le asigna a la Ley 909 de 2004 y el artículo 8º del Decreto No. 3782 de 2007 “ya que no encontrándose en norma alguna las seis funciones que se le asignan a la Comisión Nacional del Servicio Civil en dicho precepto, tiene plena aplicación en su carácter supletorio que le confiere la ley”

Considera que no le asiste la razón al demandante, no hay contradicción en cuanto a la evaluación anual del desempeño laboral prevista en el Estatuto de Profesionalización del Docente y la señalada en el artículo 20 del Decreto demandado, pues, lo que se pretende, es hacer un seguimiento permanente del docente a través de dos valoraciones por año; la primera de ellas, le permite al evaluado realizar un plan de desarrollo personal y profesional que le ayude a superar las dificultades que haya encontrado, sin necesidad de esperar al final del año académico a una calificación en la cual no haya recibido información alguna sobre la posibilidad de mejoramiento de sus limitaciones. En verdad, para la entidad, no se trata de dos calificaciones.

En cuanto al término para recurrir establecido en la norma demanda, y la presentación personal del recurso que en ella se exige, sostiene el Ministerio que nada es óbice, para que si dadas las circunstancias no pueda presentarse personalmente por el interesado, la presentación de se realice a través de apoderado .

2.- En su oposición, el Departamento Administrativo de la Función Pública, pide desechar las pretensiones de la demanda, se remite para ello a los antecedentes normativos a la expedición del Decreto No. 3782 de 2002.

Con la aprobación del Acto Legislativo No. 01 de 2001, se vio la necesidad de realizar algunos ajustes en las disposiciones preexistentes en materia de educación, entre ellas, las referentes al régimen de carrera para el personal docente. Por ello, el Congreso mediante la Ley 715 de 2001 revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para crear un nuevo régimen de carrera docente y administrativa, destinado a derogar el previsto en el Decreto No. 2277 de 1979.

El numeral 2º del artículo 111 de la Ley 715 de 2001, confirió al Presidente facultades extraordinarias para dictar el Estatuto de Profesionalización Docente, y de ese modo regular aspectos como los requisitos para ingreso, evaluación, capacitación, permanencia, ascensos y exclusión de la carrera. Esta potestad fue ejercida por el Presidente de la República a través del Decreto Legislativo No. 1278 de 2002, y se aplica solamente a quienes se vinculen a partir de la vigencia de dicha norma para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado.

En lo que atañe al poder reglamentario del Presidente de la República, el Departamento Administrativo de la Función Pública se refirió a varios pronunciamientos del Consejo de Estado y Sentencias de la Corte Constitucional.

ALEGATOS

1.- El Ministerio de Educación Nacional replicó los reclamos hechos en la demanda y se refirió a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha advertido la existencia de carreras especiales de origen constitucional (no taxativo) y carreras especiales de origen legal y, por ultimo la carrera Administrativa General.

En lo que toca con el órgano encargado de la administración y vigilancia de la carrera administrativa, la atribuyó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en tal virtud sobre las carreras especiales de origen constitucional debe existir un órgano especial que tenga dichas funciones, en todo caso diferente de la Comisión Nacional del Servicio Civil; empero, lo anterior no obsta para que el legislador pueda de manera transitoria y excepcional asignar a la Comisión, la administración y vigilancia de una carrera especial de origen constitucional. En esa oportunidad además concluyó que ante la falta de un régimen especial que regule la carrera de las contralorías territoriales, se justifica la aplicación temporal de la Ley 909 de 2004.

Respecto del segundo cargo, reiteró que no asiste la razón al demandante, ya que en su sentir no había contradicción entre el carácter supletorio que se le asigna a la Ley 909 de 2004 y la norma acusada, vale decir el artículo 8º del Decreto No. 3782 de 2007, pues si el legislador no ha atribuido concretamente las seis funciones a que se refiere el Decreto, no es ilegal ni abusivo que ellas se asignen a la Comisión Nacional del Servicio Civil, atendido el carácter supletorio de dicha comisión.

Y respecto del tercer cargo, señala que tampoco existe contradicción entre el artículo 2º del Decreto 3782 de 2007, y el artículo 32 del Estatuto de Profesionalización Docente, pues de lo que se trata es de hacer un seguimiento al desempeño permanente del docente a través de dos valoraciones anuales.

En lo que atañe a la procedencia de los recursos contra el acto de evaluación de desempeño y los requisitos para su presentación, reitera los mismos argumentos presentados al momento de descorrer el traslado de la demanda.

2.- A su vez, el Departamento Administrativo de la Función Pública en su escrito de alegaciones se remitió a lo expresado en la contestación de la demanda.

3.- El actor en sus alegaciones finales, ratificó cada una de las razones expuestas en el escrito de demanda, a las cuales añade que el Gobierno Nacional a través del Decreto Impugnado asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil funciones y responsabilidades que deben ser fijadas por el Congreso de la República y por esto, insiste, se incurrió en usurpación de funciones y extralimitación del poder reglamentario. Por último destaca cómo el Decreto acusado utiliza la expresión “evaluación” y no “valoración” como sugieren los demandados para descalificar la acusación.

En cuanto al trámite de los recursos creado en el Decreto, señala que la entidad demandada confunde estos conceptos con el derecho de petición.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó acceder parcialmente a las suplicas de la nulidad deprecada, en especial en los acápite 6.3.6. y 6.3.8., respecto de las demás pretensiones pide denegar la invalidez.

El Ministerio Público plantea las siguientes consideraciones:

- En nada cambia o distorsiona la norma reglamentada el añadido sobre que la calificación se hace “a través de su gestión” que aparece en el Decreto demandado, pues ella no altera la norma original, esto es el artículo 32 del Decreto Ley 1278 de 2002.
- Como el inciso 3º del Decreto No. 3782 de 2007 se refiere a que el proceso de calificación debe “estimular en ellos una disposición positiva hacia el mejoramiento continuo.”, y el demandante ve en esa disposición un rasgo de subjetividad, el Ministerio Fiscal se separa de esa opinión, pues a su juicio esa forma de impulsar la pertenencia a la comunidad académica y a tomar la calificación como algo positivo, no implica involucrar la subjetividad en el proceso de calificación.
- La adscripción de funciones a los Ministerios, a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a las entidades territoriales es del resorte del legislador; por ello, a juicio del demandante es nulo el artículo 7º del Decreto No. 3782 de 2007. Por el contrario, para el Ministerio Público en lo que toca con las carreras especiales de origen legal, la Comisión Nacional de Servicio Civil conserva todas sus funciones, por lo que los artículos 8º, 9º, 21 y 25 del citado Decreto no son nulos.
- En lo que concierne a la intervención del Ministerio de Educación, la Ley 715 de 2001 otorgó potestades al Presidente de la República para establecer las normas de evaluación y capacitación docente, entre ellas y los precedentes jurisprudenciales la Procuraduría General de la Nación encuentra que el Ministerio de Educación sí está llamado a servir de autoridad en materia de calificación del servicio docente y por consiguiente no hubo abuso en el acto demandado al adscribir responsabilidades y tareas a dicho Ministerio.
- Lo propio acontece, concluyó el Ministerio Público, con las tareas que fueron adscritas a las entidades territoriales, pues la forma en que ellas participan es asunto de coordinación entre los diversos actores y el ejercicio del papel que a cada uno corresponde en el éxito de la política trazada en los planes generales.

- Encontró sí el Ministerio Público que la consagración en la norma reglamentaria, de dos evaluaciones anuales, artículo 20 del Decreto No. 3782, desborda las facultades que ostenta el Presidente de la República, pues la norma reglamentada establece sólo una evaluación para cada año. Igual acontece con aquella condición de restitución en el cargo al servidor docente mal calificado, que en el Decreto reglamentario se subordinó a la existencia de vacantes, condición que no existe en la norma objeto de la reglamentación.

CONSIDERACIONES

Al Consejo de Estado, concierne ahora decidir de modo individual la acusación que se hace respecto de cada una de las disposiciones acusadas, que regulan los siguientes temas: 1º. Órganos y personas responsables del proceso evaluativo; papel de la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Ministerio de Educación 2. Responsabilidad de los entes territoriales, 3º. Responsabilidad del evaluador y del evaluando, 4º Término y presentación de los recursos y 5º. La restitución al cargo de origen para quien ha recibido calificación deficiente en otro empleo.

1.- El texto del Decreto cuya nulidad parcial ha sido demandado es el siguiente:

DECRETO 3782 DE 2007

(octubre 2)

Diario Oficial No. 46.769 de 2 de octubre de 2007

Ministerio de Educación Nacional

Por el cual se reglamenta la evaluación anual de desempeño laboral de los servidores públicos docentes y directivos docentes que se rigen por el Decreto-ley 1278 de 2002.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 125, el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el parágrafo del artículo 32 del Decreto-ley 1278 de 2002.

DECRETA:

CAPITULO I.

Aspectos generales.

Artículo 1°. Ambito de aplicación. El presente decreto aplica a los servidores públicos docentes y directivos docentes de las entidades territoriales certificadas, sujetos al Estatuto de Profesionalización Docente establecido mediante el Decreto-ley 1278 de 2002.

Artículo 2°. Concepto. La evaluación anual de desempeño laboral del docente o del directivo docente es la ponderación del grado de cumplimiento de las funciones y responsabilidades inherentes al cargo que desempeña y del logro de resultados, a través de su gestión.

Esta evaluación es un proceso permanente que permite verificar el quehacer profesional de los educadores, identificando fortalezas y aspectos de mejoramiento, mediante la valoración de sus competencias funcionales y comportamentales.

Artículo 3°. Propósitos. El proceso de evaluación anual de desempeño laboral de docentes y directivos docentes tiene por objeto verificar los niveles de idoneidad y eficiencia de los educadores en el desempeño de sus funciones, como factor fundamental del mejoramiento de la calidad de la educación.

Este proceso debe proporcionar información objetiva, válida y confiable sobre el desempeño laboral de los evaluados, para brindarles retroalimentación y estimular en ellos una disposición positiva hacia el mejoramiento continuo.

Los resultados de la evaluación anual de desempeño laboral harán parte de la autoevaluación institucional y servirán para el diseño de los planes de mejoramiento institucional y de desarrollo personal y profesional de docentes y directivos docentes.

(...)

Artículo 7°. Responsables del proceso. La evaluación anual de desempeño laboral de docentes y directivos docentes es responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en la ley y en el presente decreto, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del Ministerio de Educación Nacional, de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, de los evaluadores y de los evaluados.

Artículo 8°. Responsabilidades de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Además de las competencias asignadas en otras disposiciones, la Comisión Nacional del Servicio Civil debe:

a) Dar orientaciones sobre la aplicación de las normas que regulan el proceso de evaluación anual de desempeño laboral de docentes y directivos docentes;

b) Adoptar el protocolo para la evaluación anual de desempeño laboral de acuerdo con la ley, el presente decreto y las políticas de calidad definidas por el Ministerio de Educación Nacional;

c) Vigilar la correcta aplicación de normas y procedimientos de evaluación anual de desempeño laboral y adoptar las decisiones y acciones pertinentes;

d) Conocer las quejas y reclamaciones que se presenten por la aplicación del sistema de evaluación de desempeño laboral de docentes y directivos docentes;

e) Absolver consultas que se le formulen sobre el proceso de evaluación anual de desempeño laboral de los directivos docentes y docentes.

-

Artículo 9°. Responsabilidades del Ministerio de Educación Nacional. Además de las competencias asignadas en otras disposiciones, el Ministerio de Educación Nacional debe:

- a) Impartir orientaciones sobre el proceso de evaluación anual de desempeño laboral en el marco de la política de calidad de la educación, a través de guías metodológicas que faciliten la efectiva aplicación de los instrumentos de evaluación para obtener información válida, confiable, objetiva, contextualizada y comparable, sobre el desempeño de docentes y directivos docentes;

- b) Prestar asistencia técnica y hacer seguimiento a las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, en la organización y desarrollo de los procesos de evaluación, análisis y uso de los resultados;

- c) Consolidar y analizar los resultados nacionales;

- d) Orientar el mejoramiento de los procesos de formación inicial y en servicio de los docentes y directivos docentes, con base en los resultados de la evaluación anual de desempeño laboral.

- Artículo 10. Responsabilidades de la secretaría de educación de la entidad territorial certificada. Además de las competencias asignadas en otras disposiciones, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada debe:

- a) Organizar y divulgar el proceso de evaluación anual de desempeño laboral en su jurisdicción;

- b) Prestar asistencia técnica a los evaluadores en el desarrollo del proceso y orientar su aplicación con un enfoque de mejoramiento continuo;

- c) Verificar la efectiva y oportuna realización de la evaluación e iniciar las acciones administrativas cuando ello no sea así;

- d) Analizar los resultados de la evaluación de su entidad territorial, como insumo para el diseño y la implementación de planes de apoyo al mejoramiento;

- e) Presentar a la comunidad educativa la información consolidada sobre los resultados de su entidad territorial y al Ministerio de Educación Nacional y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos que estos definan;

- f) Incorporar una copia del protocolo con el resultado final de la evaluación y su notificación en la historia laboral del evaluado.

- Artículo 11. Responsabilidades del evaluador. Además de las competencias asignadas en otras disposiciones, el evaluador debe:

- a) Promover un ambiente de confianza, respeto y comunicación efectiva que facilite el proceso de evaluación;

- b) Valorar las evidencias de desempeño recolectadas a lo largo del período de evaluación, para emitir la calificación del docente o directivo docente en la forma y oportunidad establecidas;

- c) Notificar al docente o directivo docente el resultado final de su evaluación;

-

d) Concertar con el evaluado un plan de desarrollo personal y profesional, objeto de seguimiento periódico;

e) Resolver y dar curso a los recursos que le sean interpuestos;

f) Entregar a la secretaría de educación, en los términos que esta establezca, los resultados finales de la evaluación en los protocolos debidamente diligenciados.

Artículo 12. Responsabilidades del evaluado. En el marco del proceso de evaluación anual de desempeño laboral de docentes y directivos docentes, corresponde al evaluado:

a) Informarse sobre el proceso de evaluación;

b) Participar en el proceso de evaluación y facilitar el desarrollo del mismo, promoviendo un ambiente de confianza, respeto y comunicación efectiva;

c) Aportar oportunamente evidencias pertinentes sobre su desempeño laboral;

d) solicitar por escrito al evaluador que evalúe su desempeño laboral cuando aquel no lo haya efectuado en el término definido para ello;

e) cumplir con los compromisos fijados en el plan de desarrollo personal y profesional.

CAPITULO II. Metodología de evaluación.

(...)

Artículo 20. Valoraciones y calificación. El proceso de evaluación anual de desempeño laboral de docentes y directivos docentes comprende dos valoraciones de las competencias definidas en el presente decreto.

La primera valoración se efectuará en la mitad del año académico como parte del seguimiento al desempeño, con base en las evidencias obtenidas hasta ese momento, y el resultado se comunicará al evaluado. La segunda valoración se efectuará al final del año académico con base en las evidencias obtenidas desde la primera valoración.

La calificación final será el promedio ponderado por el número de días de cada valoración, de acuerdo con el tiempo laborado por el docente o directivo docente en el período evaluado.

Parágrafo transitorio. La calificación correspondiente al año escolar 2007 de los docentes y directivos docentes que laboran en establecimientos educativos de calendario A, corresponderá a la valoración que se realice al finalizar este año escolar.

CAPITULO III. Otras disposiciones.

(...)

Artículo 23. Recursos. Contra el acto de la evaluación anual de desempeño laboral proceden los recursos de reposición y apelación, los cuales deben ser resueltos

dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su presentación por el inmediato superior y por el superior jerárquico, respectivamente.

Los recursos deben ser presentados personalmente ante el evaluador en la forma y términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo.

(...)

Artículo 25. Consecuencias. En firme la evaluación anual de desempeño laboral, producirá las consecuencias establecidas en el numeral 1 del artículo 36 del Decreto-ley 1278 de 2002.

El seguimiento de la evaluación para los docentes y los directivos docentes que en el año inmediatamente anterior hayan obtenido evaluaciones de desempeño laboral no satisfactorias, incluirá la valoración de los avances logrados en el plan de desarrollo personal y profesional.

Cuando por segunda vez consecutiva un docente obtenga una calificación no satisfactoria en la evaluación anual de desempeño laboral, la Comisión Nacional del Servicio Civil deberá excluirlo del escalafón docente y el nominador declarar insubsistente el nombramiento.

Cuando un directivo docente proveniente de la docencia estatal obtenga una calificación no satisfactoria en la evaluación anual de desempeño laboral, en dos años consecutivos, será regresado al cargo docente para el cual concursó antes de ser directivo docente, una vez exista vacante. Si el directivo docente no proviene de la docencia estatal, será excluido del escalafón y retirado del servicio.

Artículo 26. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 2 de octubre de 2007.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

La Ministra de Educación Nacional,

Cecilia María Vélez White.”

2.- El primer reproche que se hace al Decreto Reglamentario No. 3782 de 2007, concierne a que en él se otorgaron facultades y funciones a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Ministerio de Educación. Como en los artículos 7º, 8º y 9º del referido Decreto se alude a las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Ministerio de Educación, la parte demandante halla en ellos un vicio de inconstitucionalidad, pues con sujeción al artículo 150, numerales 7º y 23 de la Constitución Política, está reservado al legislador determinar la estructura de los Ministerios y entidades del orden nacional.

A juicio de la Sala el reclamo del demandante está equivocado, porque hay mucha distancia entre adscribir unas funciones a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al

Ministerio de Educación y determinar la estructura de estas instituciones por medio de un decreto reglamentario. Acontece simplemente que la estructura de la administración pública, no se determina, tampoco se transforma radicalmente, y menos se altera el régimen básico de sus competencias orgánicas, porque se añade una que por afinidad está llamada a mejorar la eficacia de la administración. Llevar al extremo, como hace el demandante, los límites y restricciones de la potestad reglamentaria, entendiendo que cualquier reglamento implica modificar la estructura orgánica de la entidad, significa en la práctica negar la potestad que la constitución ha confiado al Presidente de la República como Suprema Autoridad de la Administración, de reglamentar las leyes para obtener su cumplida ejecución, como manda el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

Para el demandante, de conformidad con la Constitución las potestades de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del Ministerio de Educación Nacional y de los entes territoriales, se fijan por la ley y no por reglamento como lo hizo el artículo 7º del Acto acusado en sus apartes demandados y ahí ve el desvío de la potestad reglamentaria.

En lo que toca con la Comisión Nacional del Servicio Civil, vale resaltar que la Corte Constitucional en la sentencia C-175 de 2006 determinó diferencias sustanciales entre algunos sistemas de carrera que tienen fuente directa en la Constitución y otros que son desarrollados por el legislador con fundamento en los artículos 125 y 130 de la carta. Como la carrera docente, aunque de naturaleza especial, está regulada solamente en la ley, la Comisión Nacional del Servicio Civil sí es la entidad llamada a intervenir y participar activamente en el gobierno de las actividades de ingreso y permanencia de los docentes por el sistema de mérito.

Así lo definió la Corte Constitucional en el fallo que se viene comentando, en el que dejó esclarecido el papel que concierne a la Comisión Nacional del Servicio Civil en la orientación de las diferentes carreras:

3. En cuanto a las carreras especiales, la Corte Constitucional ha precisado que su creación obedece a la especificidad de labores que pretende regular, pues si la selección del personal se hace con base en la carrera administrativa no podría la entidad cumplir con las funciones especiales que le han sido asignadas³. Esto, ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como la necesidad de que exista una razón suficiente para que el legislador opte por la creación de un régimen especial, apartándose de la aplicación de la carrera

³ Sentencia C-563/00.

administrativa⁴. No obstante, la particularidad de la regulación de las carreras especiales no las exime de la sujeción a los principios y reglas de la carrera administrativa general, teniendo en cuenta que: “Los sistemas específicos de carrera son constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general”⁵.

4. En reiterada jurisprudencia la Corte ha advertido la existencia de carreras especiales de origen constitucional y carreras especiales de origen legal⁶. En cuanto las carreras especiales de origen constitucional, se pueden relacionar las siguientes:

- La de las Fuerzas Militares, prevista en el artículo 217 de la Constitución Política⁷.
- La de la Policía Nacional, consagrada en el inciso 3º del artículo 218 de la Constitución Política⁸.
- La de la Fiscalía General de la Nación, contemplada en el artículo 253 de la Constitución Política⁹.
- La de la Rama Judicial, prevista en el numeral primero del artículo 256 de la Constitución Política¹⁰.
- La de la Contraloría General de la República, consagrada en el numeral 10 del artículo 268 de la Constitución Política¹¹.
- La de la Procuraduría General de la Nación, contemplada en el artículo 279 de la Constitución Política¹².

Adicionalmente, en sentencia C-746/99 la Corte consideró que el reconocimiento de las carreras constitucionales especiales no era taxativo, y

⁴ Cfr. Sentencias C-195/94, C-299/94, C-356/94, C-514/94, C-306/94, C-525/95, C-563/00, C-517/02 y C-1230/05.

⁵ Sentencia C-563/00.

⁶ Sentencias C-391/93, C-356/94, C-507/95, C-746/99, C-725/00, C-517/02, C-313/03, C-734/03 y C-1230/05.

⁷ Constitución Política, Artículo 217: “(...)la ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que le es propio”.

⁸ Constitución Política, Artículo 218: “(...)la ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”.

⁹ Constitución Política, Artículo 253: “(...)la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación al ingreso por carrera y al retiro por servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia”. En la sentencia C-517/02, la Corte estudió aspectos relacionados con la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación.

¹⁰ Constitución Política, Artículo 256: “Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: 1. Administrar la carrera judicial. (...)”.

¹¹ Constitución Política, Artículo 268: “El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: (...) 10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Ésta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría(...)”.

¹² Constitución Política, Artículo 279: “La ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al concurso de méritos y al concurso del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo”. En la sentencia C-963/03, la Corte estudió aspectos relacionados con la carrera especial de la Procuraduría General de la Nación.

por tanto, determinó que el régimen de las universidades estatales era especial en virtud de lo dispuesto por el artículo 69 de la Constitución Política¹³.

5. Así mismo, la Corte ha señalado que existen carreras especiales de origen legal, entre las que se encuentran la del personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la carrera diplomática y la carrera de docentes¹⁴.

En suma, la jurisprudencia constitucional ha reconocido tres tipos de carreras: la administrativa general, las especiales o específicas de creación legal y las especiales de creación constitucional. Así lo destacó esta Corporación mediante sentencia C-1230/05:

“(…)la jurisprudencia ha dejado establecido que bajo el actual esquema constitucional coexisten tres categorías de sistemas de carrera administrativa¹⁵: la carrera general, regulado actualmente por la Ley 909 de 2004, y las carreras de naturaleza especial. En relación con los regímenes especiales, ha destacado que éstos tienen origen constitucional, en el sentido de que existe un mandato expreso del constituyente para que ciertas entidades del Estado se organicen en un sistema de carrera distinto al general, y también tienen origen legal, en la medida que es el legislador, ordinario o extraordinario, quien toma la decisión de crearlos a través de leyes o decretos con fuerza de ley”¹⁶.

6. Ahora bien, en cuanto al órgano encargado de la administración y vigilancia de la carrera administrativa, la Constitución dispuso la existencia de la **Comisión Nacional del Servicio Civil**. En efecto, el artículo mencionado dispone que: “Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

En virtud de lo anterior, la Corte debe reiterar que, **sobre las carreras especiales de origen constitucional debe existir un órgano especial** que tenga la función de administrarlas y vigilarlas, **diferente de la Comisión Nacional del Servicio Civil**¹⁷. Lo anterior, no obsta para que, como lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia C-073 de 2006, el legislador pueda de manera transitoria y excepcional asignar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia de una carrera especial de origen

¹³ Constitución Política, Artículo 69: “La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.”

¹⁴ Sentencias C-507/95, C-746/99, C-725/00, C-517/02 y C-313/03.

¹⁵ Cfr. las sentencias C-746 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y C-517 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

¹⁶ Sentencia C-1230/05.

¹⁷ Sentencias C-391/93 y C-356/94, la Corte puntualizó: “No fue extraño al constituyente este aspecto de la materia o contenido de la función pública, en el diseño del sistema de carrera. Es así cómo el constituyente autorizó la existencia de carreras especiales (artículo 130 de la C.N.), y sustrajo la administración y vigilancia de las mismas de la “Comisión Nacional del Servicio Civil”. En el mismo sentido en sentencia C-372/99 se aclaró que la Comisión Nacional del Servicio Civil no puede respecto de las carreras especiales de origen constitucional ejercer una función de administración y vigilancia tal y como lo exceptúa el artículo 130 de la Constitución Política. En particular señaló la Corte en esa oportunidad que: “Se tiene, entonces, a la luz de lo dicho, que la carrera en las contralorías de las entidades territoriales es de carácter especial y que, por lo mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 130 de la Constitución, su régimen está expresamente exceptuado del ámbito que corresponde, en materia de administración y vigilancia, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, de lo cual resulta que ésta no puede cumplir, en cuanto a tales entes, las aludidas funciones.”

constitucional. En efecto, en esa oportunidad la Corte concluyó que ante la falta de un régimen especial que regule la carrera de las contralorías territoriales, se justifica la aplicación temporal de la Ley 909 de 2004.

7. En cuanto a la regulación de las carreras especiales de creación legal, en sentencia C-1230 de 2005 la Corte luego de estudiar la línea jurisprudencial sobre la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil¹⁸, concluyó: “Coincidiendo con el criterio general inicialmente fijado en la Sentencia C-746 de 1999, la Corte encuentra que, respecto a los sistemas especiales de origen legal, denominados por el legislador sistemas específicos de carrera, una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 de la Carta Política permite concluir que los mismos **deben ser administrados y vigilados, sin ninguna excepción y con carácter obligatorio, por la Comisión Nacional del Servicio Civil**, tal y como ocurre con el sistema general de carrera.”¹⁹

Así, la Corte determinó que para el legislador es imperativo asignar las funciones de administración y vigilancia de las carreras especiales de origen legal a la Comisión Nacional del Servicio Civil.”

No cabe entonces el reparo que el demandante hace respecto de las tareas que en el Decreto acusado se asignaron a la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues por el contrario, conforme a la jurisprudencia que acaba de citarse, ese es el papel y el destino natural de dicha entidad.

3.- También se ha puesto reparo en que el Ministerio de Educación Nacional no podía recibir la asignación de funciones sobre manejo de la carrera, tal como se le entregaron en el Decreto demandado. No obstante, ninguna duda cabe que el legislador sí puede confiar funciones al Ministerio de Educación para estos menesteres de la carrera docente, en particular por la afinidad de la materia. Además, en el presente caso, el legislador mediante la Ley 715 de 2001 entregó al Presidente de la República, varias facultades extraordinarias, entre ellas la de consagrar un nuevo régimen de carrera docente y derogar el Estatuto Docente, esto es, el Decreto No. 2277 de 1979. En efecto en artículo 5º, numeral 5.8, se facultó al ejecutivo “para definir y establecer las reglas y mecanismos generales para la evaluación y capacitación del personal docente y directivo docente.”, lo que muestra que tantas atribuciones se confiaron al Presidente como legislador extraordinario en materia de carrera docente.

¹⁸ En efecto en sentencia C-1230/05 la Corte señaló: “*Del anterior recuento jurisprudencial se concluye que, en lo referente al ámbito de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, son distintas las posiciones que ha venido adoptando la Corte. Así, (i) inicialmente sostuvo que todos los sistemas especiales de carrera, tanto los constitucionales como legales, estaban excluidos de la competencia asignada a la Comisión Nacional del Servicio Civil. (ii) Posteriormente señaló que sólo en virtud de la exclusión que sobre alguna carrera hiciera la propia Constitución la Comisión carecía de competencia. (iii) Finalmente manifestó que era facultad exclusiva del legislador determinar los órganos encargados de la administración y vigilancia de las carreras especiales de origen legal, lo cual le permitía a éste asignar a la Comisión o a cualquier otra entidad del Estado la referida atribución.*”

¹⁹ C-1230/05

Pero además de ello, la educación por mandato del artículo 365 de la Carta es un servicio público, como tal, está sujeto a la Inspección y vigilancia del Estado, porque así lo dispone el artículo 67, inciso 5º ibídem, para controlar, entre otras cosas, que sea impartida por personas de solvencia moral y reconocida formación ética y pedagógica, como ordena el artículo 68 inciso 3º de la Constitución. No obstante que el ejercicio de esas potestades del Estado debe expresarse mediante la actividad del legislador, ello no excluye la potestad reglamentaria del Presidente de la República en lo suyo, no ya como legislador extraordinario investido de facultades extraordinarias como las que le otorgó la Ley General de Educación, al Presidente de la República sino en uso del poder reglamentario para ejercer su labor de control y vigilancia. La Jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia de 30 de Junio de 2005, al desatar una demanda contra la Ley General de Educación, estableció que “es imperativo que la Ley establezca al menos los criterios, parámetros o bases para que el Presidente de la República, en ejercicio de la atribución prevista en el Art. 189, numeral 11, de la Constitución (...) expida la reglamentación correspondiente con miras a su ejecución o cumplimiento.”

Obsérvese que en el numeral 8º del artículo 5º de la Ley 715 de 2001, se dieron facultades extraordinarias al Ejecutivo para “Definir y establecer las reglas y mecanismos generales para la evaluación y capacitación de personal docente y directivo docente.” Estas facultades pro tempore fueron desarrolladas mediante el Decreto Legislativo No. 1278 de 2002, que se erige, por su estatus jurídico en la norma legal que fija “ al menos los criterios, parámetros o bases para que el Presidente de la República, en ejercicio de la atribución prevista en el Art. 189, numeral 11, de la Constitución (...) expida la reglamentación correspondiente con miras a su ejecución o cumplimiento”, como dice la sentencia de la Corte Constitucional, tarea que el Presidente cumplió con la expedición de la norma reglamentaria demandada, esto es el Decreto No. 3782 de 2007. En suma, el Presidente de la República intervino en dos niveles diferenciados, primero en uso de facultades pro tempore, y como legislador extraordinario, proveyendo las normas generales; luego, en ejercicio del poder reglamentario detalló la ejecución de la política, sin haber excedido en ningún caso la potestad reglamentaria.

Por todo cuanto ha quedado explicado, la actividad confiada al Ministerio de Educación Nacional en punto de la carrera docente, que en esencia es una función de

asesoría y de concurrencia, no infringe las normas de competencia funcional esbozadas por el actor.

4.- Y en lo que concierne a la responsabilidad de los entes territoriales, la Ley 715 de 2001 en su artículo 6° estableció las competencias territoriales, y, en el numeral 6. 2. 6., estipuló cómo ellas podrían participar en la evaluación, de donde viene que no hay abuso de la potestad reglamentaria si obró el Presidente dentro del marco que la ley le otorgó. Se advierte de igual modo, que para el logro de los fines esenciales del Estado, cada uno de los entes territoriales a más de la tutela administrativa concurre en la prestación de los servicios respecto de aquellos servicios que, de manera directa, no pueda atender el Gobierno Nacional. Además, la Ley 715 de 2001, en su artículo 6° consagró las competencias territoriales, y, en el numeral 6. 2. 6., estipuló la particular de evaluación, como una de las responsabilidades en que pueden participar las entidades territoriales. Siguese de ello que no hubo exceso o desbordamiento del poder reglamentario que la Constitución asigna al Presidente de la República, pues de ese modo, a juicio del Presidente, como supremo director de la administración que es, se cumplen mejor los fines del Estado.

No prospera entonces esta acusación.

5.- Los reproches que se hacen a la norma reglamentaria, se extienden a esa parte del artículo 2° según la cual la evaluación es fruto del desempeño, y del logro de resultados “a través de su gestión”. Este segmento remarcado del texto origina el reclamo del demandante, quien no repara en que esa expresión involucra un elemento valioso en la medida en que la mejoría institucional, en cuanto sea resultado de la labor de una o varios docentes o directivos docentes, debe tener influjo en la calificación individual. Dicho con un ejemplo, si una institución recibe distinciones o méritos o una evaluación satisfactoria en conjunto, o sus alumnos se ubican de manera óptima en los exámenes de Estado, ese logro de resultados institucionales puede y debe tener influjo en la evaluación personal del docente. No hay entonces desmedro para las personas, ni abuso de la potestad reglamentaria al involucrar un elemento de detalle a la metodología de la calificación, es decir no viola el artículo 32 que es la norma matriz, sino que lo complementa armoniosamente en procura de lograr los fines y objetivos de la calificación. Es que no todo añadido o precisión que se haga al texto legal reglamentado cae en el exceso ni debe ser sancionado con la nulidad, porque ello significaría frustrar el poder reglamentario del Presidente de la República y desconocer que es el supremo director de la Administración Pública, a

quien compete velar por la cumplida y eficaz realización de los fines que persigue el legislador, mientras no desdibuje o traicione la inspiración que tuvo aquel al expedir la norma.

Así las cosas, bajo el entendimiento que el esfuerzo es la fuente de la mejora institucional e individual del calificado, para conseguir unas metas legítimas, no se aprecia que el aparte acusado infrinja el artículo 32 del Decreto Legislativo 1278 de 2002, esto es, de la norma reglamentada.

6.- Los mismos argumentos prestan su concurso para desechar la acusación de subjetividad que recae sobre el inciso 3º, del artículo 3º de la norma reglamentaria, pues estimular una actitud positiva en los destinatarios de la evaluación no implica contravenir el principio de objetividad de que trata el artículo 29 del Decreto Legislativo No.1278, que proscribiera los criterios subjetivos para calificar. No es verdad que formar en el personal docente y directivo docente una mejor percepción de los fines de la evaluación para que no se la mire como una práctica perjudicial a sus intereses, sino que se le haga participe del proceso, en la medida que la buena valoración es uno de los afanes de la comunidad educativa, la familia y la institución, como se insinúa en el literal f, del artículo 29 del Decreto Legislativo No. 1278, que es la norma objeto de reglamentación.

Se reitera lo dicho acerca de que el logro personal e individual no puede dissociarse del mejoramiento institucional, pues la organización es una simple ficción, ya que en verdad el resultado institucional es la suma de los logros de los individuos. No prospera entonces esta acusación, ni hay compromiso del principio de objetividad de la calificación.

7.- Tampoco la razón acompaña al demandante en cuanto a que la fijación del plazo para impugnar, mediante los recursos de reposición y de apelación, y la forma de presentarlos, se deba someter a la previsión general que señala el Decreto 01 de 1984, pues el Código Contencioso Administrativo es un cuerpo dispositivo de tipo general, que podría ser sustituido por una norma específica como el Decreto No. 3782 propio de la evaluación de docentes y directivos docentes, si con la regulación no se lesionan las garantías y derechos fundamentales de publicidad y contradicción, ni se alteran las competencias atribuidas por el legislador.

8.- Se ha puesto en cuestión la validez del Decreto No. 3782 de 2007 en cuanto establece dos cortes de evaluación para cada año, sin reparar que la norma reglamentada previó sólo una. A juicio de la Sala, los artículos 20 y 21 del citado Decreto están en abierta contradicción con el dispositivo legal que dicen regular. Hay entonces manifiesta incongruencia entre lo dispuesto por el artículo 32, inciso 2°, del Decreto Ley 1278 con lo previsto en el Decreto Reglamentario. El artículo 32 de este decreto establece que la evaluación del desempeño " (...) Será realizada al terminar cada año escolar a los docentes o directivos que hayan servido en el establecimiento por un termino superior a tres (3) meses durante el respectivo año académico ... " Por contraste el artículo 20 del Decreto Legislativo No. 3782 dispone que haya " (...) dos valoraciones. La primera valoración se efectuara en la mitad del año académico como parte del seguimiento al desempeño, con base en las evidencias obtenidas hasta ese momento, y el resultado se comunicará evaluado. La segunda valoración se efectuara al final del año académico con base en las evidencias obtenidas desde la primera valoración. La calificación final será el promedio ponderado por el numero de días de cada valoración, de acuerdo con el tiempo laborado por el docente. "

Entonces es abierta la disconformidad entre el reglamento que duplica la evaluación unitaria ordenada por la norma matriz, que como Decreto Legislativo ya fue examinado en sede constitucional, sentencia C-734 de 2003, (26-111- Rad. 0 - 4467, M. P. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS), que declaró la legalidad de la expresión "será realizada al terminar cada año escolar a los docentes o directivos". Por ello, se decretará la nulidad del segmento de la norma reglamentaria que acaba de citarse, por desbordar los límites que impone la norma reglamentada.

9.- Igual infortunio acompañará la norma que condiciona la restitución al cargo a la existencia de vacante. Juzga la Sala que si un servidor docente es calificado insatisfactoriamente en un cargo que no es el de su propiedad, tiene derecho a retornar, sin que haya mengua para su derecho a la estabilidad.

La norma reglamentaria previó que el regreso al cargo del que provenía, procede para el docente oficial que obtenga 2 calificaciones insatisfactorias, pero ese retorno se hará "una vez exista vacante", norma esta viciada de nulidad porque tal previsión no está consagrada en la norma matriz, es decir en el artículo 25 del Decreto Legislativo No. 1278 de 2002, que, también fue declarado ajustada a la Carta Política mediante la sentencia C-895 de 7 de octubre de 2003.

No es admisible que el servidor que proviene del sector oficial, en el que gozaba en esos momentos de las prerrogativas de estabilidad y permanencia, por no triunfar en el intento de nuevo destino, sea penado con la pérdida de la garantía de estabilidad. Por ello, la contrariedad entre la norma reglamentada y la reglamentaria, enseña sin más la nulidad de aquella.

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

DECRETASE la nulidad de las expresiones “dos valoraciones”, la “primera valoración”, la “segunda valoración” y en general las que se refieran a más de una evaluación anual, que aparecen en el Decreto 3782 del 2 de octubre de 2007.

DECRETASE la nulidad de la expresión “una vez exista vacante”, que aparece inserta en el artículo 25 del Decreto 3782 de 2 de octubre de 2007.

NIEGASE la pretensión de nulidad respecto de de los demás artículos acusados del precitado Decreto.

Cópiese, notifíquese y, una vez en firme este proveído archívese. Cúmplase

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

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO