

Popayán, abril de 2019

Señor (a)

JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN

REFERENCIA: DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ELCIRA GÓMEZ CHICANGANA

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA, SECRETARIA DE EDUCACION
DEPARTAMENTAL

ANDRES FERNANDO QUINTANA VIVEROS, mayor de edad e identificado con la C.C. No. 1 130 595 996 de Cali, T.P. No. 252.514 de la C. S. de la J., actuando en calidad de apoderado de la señora ELCIRA GÓMEZ CHICANGANA, mediante el presente escrito presento medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en contra del DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

PARTE DEMANDANTE: Está constituida por la señora ELCIRA GÓMEZ CHICANGANA, en calidad de docente oficial del Magisterio, identificada con C.C. No. 34315543.

APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE: El suscrito, ANDRES FERNANDO QUINTANA VIVEROS, identificado con la C.C. No. 1 130 595 996 de Cali, T.P. No. 252.514 de la C. S. de la J.

PARTE DEMANDADA: Es demandado el Departamento del Cauca-Secretaría de Educación del Departamento, representada por quien haga sus veces.

II. HECHOS

1. La Actora es docente etnoeducadora, vinculada en propiedad por el Departamento del Cauca, teniendo como base el Decreto 804 de 1995.
2. la demandante solicitó la inscripción y/o ascenso al escalafón docente 2277, pero el departamento del Cauca lo negó mediante oficio 4.8.2.3-48-795, aduciendo como razones, que la actora era Docente Etnoeducadora, vinculada bajo los parámetros de la ley 115 de 1991, el decreto 804 de 1995 y en cumplimiento de unos fallos de tutela de la Corte Constitucional.
3. El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1278 de 2002, por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente y que derogó el Decreto 2277 de 1979. Con lo anterior se entiende que los docentes vinculados a partir del 19 de junio de 2002 se regirán por el decreto 1278, en temas de vinculación, permanencia y ascenso.
4. Ahora bien, la Corte Constitucional, mediante sentencia No. C-208 de 2007 M. P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL, se pronunció sobre la Constitucionalidad del Decreto 1278 de 2002, indicando de manera fehaciente que *“En el presente caso, se ha explicado que no resulta contrario a la Constitución que el Decreto-Ley 1278 de 2002 regule la forma de acceso al servicio educativo estatal y acoja el sistema de carrera por concurso de méritos como el mecanismo idóneo. No obstante, también se ha dejado claro que su incompatibilidad con la Carta deviene, en realidad, del hecho de haber omitido incluir una normatividad especial en la materia aplicable a las comunidades indígenas, acorde con sus usos y costumbres. Siendo ello así, lo que procede en este caso es que la Corte dicte una sentencia integradora, en el sentido de declarar exequible el Decreto-Ley 1278 de 2002, “por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente”, siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, aclarando que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las normas aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994) y las demás normas complementarias.”*
5. La Ley 115 de 1994 establece en el artículo 62 que La vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos se efectuará de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos. Debe establecerse que el estatuto docente vigente al momento de la expedición de la Ley 115 era el Decreto 2277 de 1979.

6. Lo anterior indica que, el Decreto 2277 de 1979 continúa vigente para las personas nombradas como docentes etnoeducadores ya que el gobierno nacional no ha expedido el Estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia.
7. Al negar la posibilidad de la inscripción y ascenso en el escalafón docente a la actora vulnera derechos establecidos en la carrera administrativa ya que una de las características de pertenecer a esta es la de ascender. Obsérvese que tanto el decreto 2277 de 1979 como el Decreto 1278 permiten a los docentes nombrados ascender en el escalafón, aun el estatuto General de la Carrera administrativa y la Constitución Política permiten dicha situación¹².

III. PRETENSIONES

Para efectos del proceso judicial mediante el trámite correspondiente y por medio de sentencia pretendo que se profieran las siguientes o similares declaraciones y condenas:

- 1) La nulidad del acto administrativo contenido en el oficio: OFICIO 4.8.2.3-48-795, mediante los cuales la Secretaría de Educación Departamental niega al actor el derecho a la inscripción y/o ascenso en el Escalafón Docente Nacional del Magisterio regido por el Decreto 2277 de 1979.
- 2) Declarar que el demandante tiene derecho a la inscripción y/o ascenso en el Escalafón Docente Nacional del Magisterio regido por el Decreto No. 2277 de 1979.
- 3) Subsidiariamente declarar que el actor tiene derecho a la nivelación salarial conforme a los decretos salariales para etnoeducadores que expide el Gobierno Nacional a través del Departamento de la Función Pública.

A título de restablecimiento del derecho en que ha sido lesionado, se pronuncie en sentencia definitiva las siguientes o similares condenas:

1. Condenar al Departamento del Cauca-Secretaria de Educación Departamental a realizar la inscripción y ascenso en el Escalafón Docente Nacional del Magisterio regido por el Decreto 2277 de 1979 a favor del actor.
2. Condenar a la entidad accionada a pagar el retroactivo salarial y prestacional adeudado durante el tiempo por el cual el demandante no ha obtenido el correspondiente ascenso en el Escalafón Docente Nacional.
3. Ordenar a la entidad accionada a realizar la reliquidación de sus prestaciones sociales, como primas y cesantías, con base a la nueva asignación.
4. Las sumas a reconocer serán indexadas conforme al IPC certificado por el DANE entre la fecha en que se debió pagar cada acreencia y la fecha en que efectivamente se pague.
5. Que se condene a la entidad demandada a pagar las Costas y Agencias en Derecho que se causen en este proceso.

Condenas de la pretensión subsidiaria:

- a. Subsidiariamente condenar al Departamento del Cauca-Secretaria de Educación Departamental a realizar la nivelación salarial conforme a los decretos salariales para etnoeducadores que expide el Gobierno Nacional a través del Departamento de la Función Pública y según el título académico obtenido por el accionante.

¹ Ley 909 **Artículo 4º. Sistemas específicos de carrera administrativa.** 1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

² ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARAGRAFO. Adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2003. Los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del periodo para el cual este fue elegido.

- b. Condenar a la entidad accionada a pagar el retroactivo salarial y prestacional causado a partir de la fecha en que el docente obtuvo el título académico de licenciado o postgrado.
- c. Condenar a la entidad accionada a realizar la reliquidación de sus prestaciones sociales con base a la nueva asignación.
- d. Las sumas a reconocer serán indexadas conforme al IPC certificado por el DANE entre la fecha en que se debió pagar cada acreencia y la fecha en que efectivamente se pague.

Que se condene a la entidad demandada a pagar las Costas y Agencias en Derecho que se causen en este proceso.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La Corte Constitucional en Sentencia C - 208 de 2007 declaró inexecutable la aplicación del Decreto Ley 1278 de 2002 para las comunidades Indígenas, ya que va en contravía del derecho a la autonomía, a la autodeterminación, el autogobierno, a la educación especial entre otros, pero además porque riñe con lo estipulado en el Decreto ley 804 de 1995.

Decretada la exequibilidad condicionada del Decreto 1278 de 2002, en el sentido que el mismo no aplica a los etnoeducadores indígenas, es claro que la situación respecto del tema del escalafonamiento se rige por el Decreto Ley 2277 de 1979.

Indicó la Corte Constitucional en Sentencia C - 208 de 2007

En el presente caso, se ha explicado que no resulta contrario a la Constitución que el Decreto Ley 1278 de 2002 regule la forma de acceso al Servicio educativo estatal y acoja el sistema de carreta por concurso de méritos como mecanismo idóneo. No obstante, también se ha dejado claro que su incompatibilidad con la carta deviene, en realidad del hecho de haber omitido incluir una normatividad especial en la materia aplicable a las comunidades indígenas, acorde, acorde con sus usos y costumbres. Siendo ello así, lo que procede en este caso es que la corte dicte una sentencia integradora, en el sentido de declarar executable el Decreto –Ley 1278 de 2002 “por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente”, siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes ubicados en territorios educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, aclarando que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las normas aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley general de Educación (Ley 115 de 1994) y las demás normas complementarias.

Y obviamente, dentro de las normas complementarias está el Decreto Ley 2277 de 1979, norma que rige el sistema de ingreso, permanencia y ascenso de quienes fuimos nombrados en propiedad para desempeñar nuestra labor en territorios indígenas.

Además de lo anterior indicó la Corte que:

“Respecto a la obligación gubernamental de efectuar la vinculación administración y formación de docentes estatales para los grupos étnicos de conformidad con el estatuto docente y normas especiales, es de aclararse que, para la fecha de expedición de la ley 115 de 1994, se encontraba vigente el Decreto 2277 de 1979, “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesionalización docente “ expedido por el presidente de la república en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 8° de 1979, el cual constituía el Estatuto de Profesionalización docente vigente para la época, y en cuyo contenido no se contemplaba la situación administrativa de la educación de las comunidades nativas; es decir, no se incluían normas especiales que regulan los procesos de vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos

Bajo ese entendido, el Gobierno dictó el Decreto 804 de 1995, reglamentario de la Ley General de Educación, el cual se ocupó de regular el tema de la atención educativa para tales grupos. Para lo que interesa a esta causa, el mencionado decreto puso en cabeza de los comités docentes la organización de proyectos específicos de actualización, especialización e investigación para etnoeducadores (art. 9°); se encargó de definir las autoridades tradicionales encargadas de concertar con el Gobierno la escogencia de los educadores que laboren en los territorios de los grupos étnicos (art. 10°); señaló los requisitos para la selección de los docentes de cada grupo étnico; e igualmente, autorizó eximir del título de licenciado o normalista y del concurso público de méritos a los docentes indígenas y a los directivos docentes indígenas interesados en prestar sus servicios en sus respectivas comunidades.

Con este criterio, los docentes y directivos docentes de las comunidades indígenas, al servicio del Estado, venían siendo designados en propiedad directamente por las autoridades representativas de tales comunidades, de entre

sus propios miembros, sin necesidad de exigirles título de licenciado en educación o normalista y sin someterlos al concurso público de méritos.

Posteriormente, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 111 de la Ley 715 de 2001³, expidió el Decreto 1278 de 2002, “por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente”. El objetivo de dicho estatuto es precisamente regular las relaciones del Estado con los educadores a su servicio, garantizando que la docencia sea ejercida por educadores idóneos, partiendo del reconocimiento de su formación, experiencia, desempeño y competencias como los atributos esenciales que orientan todo lo referente al ingreso, permanencia, ascenso y retiro del servidor docente y buscando con ello una educación con calidad y un desarrollo y crecimiento profesional de los docentes (art. 1º).

En cuanto al ámbito de aplicación, el estatuto dispone que se cobija a quienes se vinculen, a partir de su vigencia, a los cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes se le asimilen de conformidad con ese mismo ordenamiento.

Sobre su contenido, éste define y regula lo referente a la profesionalización de la educación, la función docente, los docentes, los directivos docentes y, concretamente, todo lo relacionado con el concurso para el ingreso al servicio educativo estatal, requisitos y procedimientos que se deben seguir (arts. 1º a 10º). En relación con esto último, dispone que el concurso para el ingreso al servicio educativo estatal “es el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de aptitudes, experiencia, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera docente, se determina su inclusión en el listado de elegibles y se fija su ubicación en el mismo, con el fin de garantizar disponibilidad permanente para la provisión de vacantes que se presenten en cualquier nivel, cargo o área de conocimiento dentro del sector educativo estatal” (art. 8º).

Teniendo en cuenta que el concurso de méritos constituye la forma de ingreso al servicio educativo estatal, el precitado estatuto ordena que en caso de no existir la respectiva lista de elegibles, la entidad territorial certificada debe proceder a convocar a concurso público y abierto para cargos docentes y directivos docentes, el cual tendrá que realizarse de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional (art. 9º).

En relación con el contenido, aplicación y alcance del Estatuto de Profesionalización Docente, resulta de singular importancia destacar que sus contenidos normativos no hacen referencia alguna a grupos sociales que son objeto de especial tratamiento y protección, como es precisamente el caso de los grupos étnicos, con lo cual se concluye que sus normas cobijan, de manera general, a todos aquellos que se vinculen a los cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado sin consideración a sus diferencias culturales, y que el mismo no libera a los docentes y directivos docentes de las comunidades nativas de la obligación de someterse al concurso público de méritos bajo las mismas reglas y condiciones que aplican a la mayoría de la sociedad nacional.

Ahora bien, en cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 9º del Decreto 1278 de 2002, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3238 de 2004, “por el cual se reglamentan los concursos que rigen para la carrera docente y se determinan criterios, contenidos y procedimientos para su aplicación”.

En tal estatuto se aclara que los concursos para la provisión de cargos necesarios para la prestación del servicio en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, “se regirán por el decreto que para el efecto expida el Gobierno Nacional” (art. 1º-2). De igual manera se precisa que, para el caso de los docentes y directivos de establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas o en territorios colectivos afrocolombianos que atienden estas poblaciones, la ubicación de los aspirantes que aprueben el concurso y que vayan a ser nombrados en periodo de prueba se realizará previa concertación con las comunidades (art. 1º-parágrafo).

³ Ley 715 de 2001, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151. 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”. El artículo 111 de dicha ley, en lo pertinente, es del siguiente tenor:

“111.2. Se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley para expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que ingresen a partir de la promulgación de la presente ley, que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias y con los recursos.

El nuevo régimen de carrera docente y administrativa se denominará Estatuto de Profesionalización Docente y tomará en cuenta entre otros los siguientes criterios:

1. Mejor salario de ingreso a la carrera docente.
2. Requisitos de ingreso.
3. Escala salarial única nacional y grados de escalafón.
4. Incentivos a mejoramiento profesional, desempeño en el aula, ubicación en zonas rurales apartadas, áreas de especialización.
5. Mecanismos de evaluación, capacitación, permanencia, ascensos y exclusión de la carrera.
6. Oportunidades de mejoramiento académico y profesional de los docentes.
7. Asimilación voluntaria de los actuales docentes y directivos docentes contemplado en el Decreto-ley 2277 de 1979.

Para la preparación del proyecto de Estatuto de Profesionalización Docente, el Ministerio de Educación Nacional conformará un grupo de trabajo integrado por dos representantes del Honorable Congreso de la República, dos representantes de la Federación Colombiana de Educadores, dos expertos designados por el señor Presidente de la República, y el Ministro de Educación Nacional, quien presidirá el grupo. Elegido un nuevo Presidente de la República, éste designará a una persona para que integre dicho grupo de trabajo.”

Debe resaltar la Corte que las normas de la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, que hacen parte del Capítulo III artículos 55 a 63, y que regulan el tema relativo a la educación especial para grupos étnicos (etnoeducación), no fueron derogadas ni modificadas por el Decreto 1278 de 2002 ni por su ley habilitante, la Ley 715 de 2001. Ello por dos razones fundamentales. La primera, por cuanto ninguno de estos dos ordenamientos se ocupó de regular la materia tratada en los artículos 53 a 63 de la Ley 115 de 1994, ni ese era su propósito. Y la segunda, complementaria de la anterior, porque tampoco fueron incluidas dentro de las normas derogadas por los citados textos, los artículos 53 a 63 de la Ley General de Educación. Con relación a esto último, cabe anotar que, si bien el artículo 113 de la Ley 715 de 2001 derogó expresamente algunas disposiciones de la Ley 115 de 1994, tal derogatoria no se hizo extensiva a los artículos 53 a 63 del Capítulo III. Respecto del Decreto 1278 de 2000, el artículo 69 es el que se ocupa de definir los términos de su vigencia, sin que el mismo hubiese previsto derogatoria expresa de norma alguna.

En esos términos, la expedición del Decreto-Ley 1278 de 2002 no afectó las normas sobre etnoeducación contenidas en la Ley 115 de 1994 y, por tanto, en esa materia, la General de Educación mantiene plena vigencia.

Así las cosas, queda demostrado que la situación planteada debe resolverse dentro del marco normativo consagrado por el Decreto ley 2277 de 1979 y permitirse la inscripción y el ascenso dentro del mismo. Según el Artículo 62 de la Ley 115 de 1994, la vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos se efectuará de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos, por lo que claramente podemos observar que la administración de la Carrera docente En las Instituciones de territorios indígenas o en las Instituciones donde se atiende población mayoritariamente indígena, se debe hacer en virtud del decreto Ley 2277 de 1979, ya que la Sentencia C – 2087 del 2007 en ningún momento declaró, inexecutable para las comunidades indígenas el decreto en mención.

La Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, cometió un error al Nombrarme en propiedad en Virtud del Decreto Ley 804 de 1995 y no permitirme la inscripción en el Escalafón Nacional docente según el Decreto 2277 1979 ya que la Sentencia C – 208/07 en Ningún momento declaró inexecutable su aplicabilidad en los territorios indígenas, por lo tanto es el Decreto Ley 2277 de 1979.

OMISIÓN LEGISLATIVA DETERMINADA EN LA SENTENCIA C-208 DE 2007

La Corte Constitucional evidencia una omisión legislativa, en relación al no tratamiento especial que deben tener los Docentes y Directivos Docentes, vinculados en zonas indígenas, por lo que indica que:

Pues bien, siguiendo el anterior recuento, para la Corte es claro que el legislador, al expedir el Decreto 1278 de 2002, *“por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente”*, incurrió en una omisión legislativa relativa, consistente en haberse abstenido de regular lo relacionado con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos indígenas. Con dicha omisión, se desconocieron los derechos fundamentales de las comunidades indígenas al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y a ser destinatarios de un régimen educativo especial, ajustado a los requerimientos y características de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional y que, por tanto, responda a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida. De igual manera, se desconoció el derecho de los grupos indígenas a que los programas y los servicios de educación a ellos destinados se desarrollen con su participación y cooperación, siendo éste el elemento determinante que marca la diferencia entre la etnoeducación y la educación tradicional.

Conforme se indicó anteriormente, a pesar de que el Estatuto de Profesionalización Docente extiende su aplicación a todo el sistema educativo estatal, el mismo guarda absoluto silencio sobre la forma como debe prestarse dicho servicio en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena. En otras palabras, el ordenamiento acusado no contiene una regulación especial, ni siquiera en sus aspectos más básicos, sobre la forma de vinculación al servicio educativo estatal de los docentes y directivos docentes indígenas. Conforme con ello, debe entenderse que, para todos los efectos, lo referente al ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes de las comunidades nativas, quedó sometido a las reglas y condiciones establecidas para la educación dominante o tradicional, sin que tales comunidades hubieran sido consultadas previamente y sin que ello sea posible en el escenario del derecho a la identidad educativa y cultural, por no resultar compatible tal ordenamiento con las distintas manifestaciones de cultura que identifican a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional.

De acuerdo con tal estatuto, la provisión de cargos docentes y directivos docentes para las comunidades indígenas estaría llamado a regirse por el sistema tradicional de concurso público abierto en él previsto, lo cual hace posible que cualquier persona, bajo las reglas generales, pueda aspirar a dichos cargos, desconociéndose la premisa de que los docentes de estas comunidades deben ser preferiblemente miembros de las mismas y

conocedores de sus lenguas, dialectos, culturas, cosmogonías, cosmovisiones, usos, costumbres y creencias propias, conforme lo exigen la Constitución Política, la Convención 169 de la O.I.T., incorporada al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991, e incluso la propia Ley General de Educación (Ley 115 de 1994).

Es cierto que mediante el Decreto Reglamentario 3238 de 2004, se anunció que los concursos para la provisión de cargos en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, se regirían por el decreto que para el efecto expida el Gobierno Nacional. No obstante, a juicio de la Corte tal hecho no desvirtúa la omisión en que incurrió el legislador, ya que, por expresa disposición de los artículos 67, 68, 125, 150-23 y 365 de la Carta, la facultad para regular lo atinente al servicio público educativo estatal y al sistema de carrera administrativa, es competencia exclusiva y excluyente del legislador.

Sobre el particular, los artículos constitucionales citados disponen: el 67, que corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia y que la Nación y las entidades territoriales participarán de la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales en los términos que señalen la Constitución y la *"ley"*; el 68, que es la *"ley"* la que garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente; el 150-23, que el Congreso tiene la competencia para expedir *"las leyes"* que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos; el 365, que los servicios públicos, entre los cuales se cuenta el de educación, *"estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley..."*.

Como complemento de lo anterior, el artículo 125 de la Carta consagra, como regla general, que los empleos en todos los órganos y entidades del Estado deben proveerse mediante el sistema de carrera, precisando a su vez que a la carrera se accede a través del concurso público de méritos y **que es competencia del legislador la determinación del régimen jurídico correspondiente**, debiendo fijar el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como también las causales de retiro del servicio oficial.

De esa manera, resulta constitucionalmente inadmisibles que se deje en cabeza del Gobierno la competencia para estructurar y regular, por vía de un decreto reglamentario, el régimen jurídico de vinculación al servicio educativo estatal de los docentes y directivos docentes indígenas, así como también la adopción de las medidas necesarias para implementar un sistema de carrera especial ajustado a las condiciones y formas de vida de las distintas étnias.

Debe aclarar la Corte que no cuestiona el hecho de que el ingreso de los docentes y directivos docentes al servicio educativo estatal, tanto para la cultura mayoritaria como para las comunidades indígenas, se pueda llevar a cabo mediante el sistema de carrera y a través del concurso público de méritos, toda vez que, como quedó dicho al citar el artículo 125 Superior, la regla general para el acceso a la función pública es precisamente el sistema de carrera.

En efecto, conforme lo ha expresado esta Corporación, la Constitución acogió el mérito como el criterio imperante para el acceso al servicio público, buscando mantener con ello un sistema efectivo de nombramiento y provisión de cargos que permita cumplir con los fines y programas de la organización del Estado, los cuales, en el campo del servicio público educativo, se concretan en asegurar que la enseñanza se imparta por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica, y tratándose específicamente de la etnoeducación, por personas que posean conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, garantizando que las comunidades indígenas sean beneficiarias de una formación que respete y desarrolle su identidad cultural, social y política.

Sólo con carácter excepcional, la Constitución (artículo 125) excluye del régimen de carrera los empleos *"de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley"*; en este último caso, previendo una causal exceptiva abierta que le otorga al Congreso la facultad para determinar qué otros empleos, además de los previstos en la norma Superior citada, se rigen por un sistema distinto al de carrera administrativa.

Desde ese punto de vista, el sistema de carrera por concurso de méritos, como regla general para el acceso a la función pública, comporta, en realidad, un proceso técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, reconocido y promovido por la Constitución Política, en cuanto permiten garantizar que al ejercicio de la función pública accedan los mejores y más capaces funcionarios y empleados, rechazando aquellos factores de valoración que chocan con la esencia misma del Estado social de derecho como lo pueden ser el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo.

Así las cosas, aun cuando las comunidades indígenas, en virtud de los derechos a la identidad cultural y educativa, son titulares de un tratamiento especial en relación con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes estatales, ello no desvirtúa su sometimiento a las normas constitucionales sobre las formas de acceso, permanencia y retiro de la función pública, las cuales, además, buscan brindarles a todos los docentes estatales, sin distingo de razas, las garantías propias de los sistemas de administración de

personal como son la igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad laboral y la posibilidad de ascender dentro de la carrera.

En consecuencia, el hecho de que el Estatuto de Profesionalización Docente disponga que el acceso al servicio educativo estatal deba llevarse a cabo a través del sistema de carrera y por concurso público de méritos, no lo hace inconstitucional. La inconstitucionalidad por omisión relativa en el presente caso se concreta, única y exclusivamente, en el hecho de que, a través del Decreto-Ley 1278 de 2002, si bien se consagró el régimen de profesionalización docente para la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes, no hubo previsión ninguna en relación con el régimen aplicable a los grupos étnicos sujetos a un tratamiento especial en esa materia.

Al respecto, no sobre reiterar que la Constitución Política y el Convenio 169 de la O.I.T., le reconocen a los integrantes de los grupos étnicos el derecho a recibir una formación y enseñanza que respete y desarrolle su identidad cultural, bilingüe en las comunidades con tradiciones lingüísticas y, en complemento de lo anterior, el derecho a que los programas y los servicios de educación destinados a dichos pueblos se encuentren regulados en la ley, y se desarrollen y apliquen en cooperación con sus autoridades más representativas, con el propósito de responder a sus necesidades particulares, debiendo abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. Bajo ese entendido, es evidente que, aun en el supuesto de que los principios generales del régimen de carrera docente le resulten aplicables a las comunidades indígenas, las referidas especificidades no fueron tenidas en cuenta por el legislador, ignorando por completo la diferencia cultural que el ordenamiento jurídico les reconoce en el campo de la educación y la enseñanza.

Establecido que el legislador extraordinario incurrió en una omisión legislativa relativa al expedir el Estatuto de Profesionalización Docente, cabe entonces determinar cual es la decisión que debe adoptar la Corte para reivindicar el derecho de las étnias a la identidad cultural.

Tal y como se manifestó en el apartado 4 de las consideraciones de esta Sentencia, hay lugar a declarar la existencia de una omisión legislativa relativa inconstitucional, entre otras hipótesis, cuando en un determinado ordenamiento se detecte la ausencia de regulación de un supuesto que forzosamente debía estar incluido en el mismo, por ser imperativo a la luz de la Constitución política, que es precisamente lo que ocurre en la situación que ahora es analizada por la Corte.

Para estas situaciones, la jurisprudencia ha planteado la alternativa de una sentencia integradora que permita mantener la disposición enjuiciada en el ordenamiento y superar la inconstitucionalidad derivada de la omisión, desplazando la lectura afectada de invalidez, mediante la proyección sobre el mismo precepto inferior, de los contenidos de la Carta que, en esas circunstancias, brinda una solución constitucionalmente adecuada, precisa e indudable.

En el presente caso, se ha explicado que no resulta contrario a la Constitución que el Decreto-Ley 1278 de 2002 regule la forma de acceso al servicio educativo estatal y acoja el sistema de carrera por concurso de méritos como el mecanismo idóneo. No obstante, también se ha dejado claro que su incompatibilidad con la Carta deviene, en realidad, del hecho de haber omitido incluir una normatividad especial en la materia aplicable a las comunidades indígenas, acorde con sus usos y costumbres. Siendo ello así, lo que procede en este caso es que la Corte dicte una sentencia integradora, en el sentido de declarar exequible el Decreto-Ley 1278 de 2002, *“por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente”*, siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, aclarando que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las normas aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994) y las demás normas complementarias.

Según quedó anotado en acápites precedentes, la Ley 115 de 1994, *“por la cual se expide la Ley General de Educación”*, reguló de manera particular, en sus artículos 55 a 63, el tema relativo a la educación especial para grupos étnicos, encontrándose dichas normas actualmente vigentes. En punto a la selección, vinculación, administración y formación de educadores para los grupos étnicos, si bien no se adoptaron medidas específicas, los citados preceptos establecieron como criterios generales a desarrollar por parte del Estado los de: (i) promover y fomentar, tanto la formación de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos, como también los programas sociales de difusión de las mismas (art. 58); (ii) seleccionar a los educadores que laboren en los territorios de los grupos étnicos, en concertación con tales grupos, y prefiriendo escogerlos entre los miembros de las comunidades en ellas radicados; debiendo verificar además que dichos educadores acrediten formación en etnoeducación y posean conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano (art. 62).

Con fundamento en dicha ley, se expidió el Decreto 804 de 1995, el cual se ocupó de reglamentar algunos aspectos relacionados con el tema de la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena. En esa dirección, el anunciado decreto puso en cabeza de los comités docentes la organización de proyectos específicos de actualización, especialización e investigación para etnoeducadores (art. 9º); se encargó de definir las autoridades tradicionales encargadas de concertar con el Gobierno la escogencia de los educadores que laboren en los territorios de los grupos étnicos (art. 10º); y señaló los requisitos para la selección de los docentes de cada grupo étnico (art. 11).

Asimismo, la Ley General de Educación hizo claridad en el sentido de señalar que la forma de vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos étnicos debía llevarse a cabo de acuerdo con el Estatuto Docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos. Teniendo en cuenta que el Estatuto Docente vigente para la época en que se expidió la referida ley no contenía una regulación especial sobre el tema (Decreto-Ley 2277 de 1979), en el Decreto 804 de 1995 se dispuso eximir del título de licenciado o normalista y del concurso público de méritos a los docentes indígenas y a los directivos docentes indígenas interesados en prestar sus servicios en sus respectivas comunidades, hasta tanto se expidiera un estatuto docente que se ocupara del tema.

Bajo el entendido que tampoco el actual Estatuto Docente, el Decreto-Ley 1278 de 2002, estableció una regulación especial para el tema de la vinculación de los docentes indígenas y directivos al servicio educativo estatal, con el fin de garantizar los derechos a la diversidad étnica, a la consulta previa y a la educación especial de los grupos indígenas, desconocidos por la norma demandada, es necesario que, con carácter provisional, la Corte integre a la presente decisión la Ley 115 de 1994 y las demás normas complementarias, que, como se anotó, regulan de manera especial lo referente a la vinculación de los educadores y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena. Según quedó explicado, la aplicación de tales normas tiene un carácter transitorio, en el sentido que se extiende hasta el momento en que el legislador, ordinario o extraordinario, expidan una regulación especial que defina la forma de vinculación de los docentes y directivos docentes indígenas al servicio educativo estatal.

V. PRUEBAS.

- 1. Solicitud de inscripción y/o ascenso en el escalafón
- 2. Copia de OFICIO 4.8.2.3-48-795 del 2018 expedido por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca.
- 3. Decretos de Nombramiento y actas de posesión.
- 4. Copia de la Cédula de Ciudadanía

Por Solicitar: Al Departamento del Cauca, copia íntegra de la hoja de vida de la actora; Copia del Certificado de Salarios y Tiempos de servicios

VI. ANEXOS

- 1. Los documentos aducidos como pruebas.
- 2. Constancia de la Procuraduría

VII. CUANTIA

La cuantía se estima conforme a la diferencia salarial y prestacional cuyo valor se estima en la suma de 7.117.452 desde tres años antes de la presentación de la reclamación.

Asignación básica percibida	SALARIO CATEGORÍA 10, DECRETO SALARIAL de 2016	diferencia salarial correspondiente a los últimos tres años
\$ 1.624.511	\$ 1822218	\$ 7.117.452

Como quiera que es inferior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2019, es competente usted para conocer de esta conciliación pre judicial.

VIII. NOTIFICACIÓN

La Demandante en la calle 5 # 12-55 de Popayán.

El suscrito apoderado en la calle 4 No. 5-14 piso 2 de Popayán. Correo electrónico:
abogados@accionlegal.com.co

La demandada puede ser notificada en el Cra. 6 calle 4 esquina de la ciudad de Popayán.

Atentamente,

ANDRES FERNANDO QUINTANA VIVEROS

C.C. No. 1.130.595.996 expedida en Cali

T.P. No. 252.514 del C. S. de la J.