



Gobernación del Cauca

Popayán,

Señores

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE POPAYAN.
Ciudad.

56

**JUZGADO 6 ADMINISTRATIVO
POPAYAN - CAUCA**

RECIBIDO

HORA: 3:15 pm

FECHA: 17 FEB 2020

Carlos Antequera

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO: 19001-33-33-006-2019-00077-00
DEMANDANTE: NELSON JONNIE ACHIPIZ PACHONGO
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA.

Cordial saludo.

INGRID NATHALIA EUSCATEGUI RIVAS, mayor de edad, vecina de la ciudad de Popayán e identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderada judicial del **DEPARTAMENTO DEL CAUCA- SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA**, de conformidad con el poder a mí conferido por el Gobernador del Cauca, por medio del presente documento me permito **CONTESTAR** la demanda incoada por, **NELSON JONNIE ACHIPIZ PACHONGO**, en contra del **DEPARTAMENTO DEL CAUCA-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA**, previas las siguientes consideraciones:

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES:

La **PARTE DEMANDANTE**, está conformada por el señor **NELSON JONNIE ACHIPIZ PACHONGO**, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 4.730.342, representada por su apoderado Dr. **ANDRES FERNANDO QUINTANA IVEROS**, portador de la T.P Nro. 252.514 del C. S de la J y Cédula de Ciudadanía Nro. 1.130.595.996 expedida en Cali.

La **PARTE DEMANDADA**, la conforma el **DEPARTAMENTO DEL CAUCA- SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA**, representado legalmente por el Dr. **ELIAS LARRAHONDO CARABALI**, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 10.365.206 expedida en Buenos Aires, para efectos de representación en el presente asunto se ha otorgado poder especial amplio y suficiente a la suscrita Dra. **INGRID NATHALIA EUSCATEGUI RIVAS**, portadora de la T.P Nro. 240.270 del C. S de la J y cédula de ciudadanía Nro. 1.061.720.325 expedida en Popayán.

A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

Me opongo a todas y cada una de ellas, por las razones y excepciones que en adelante manifestaré.

A LOS HECHOS Y OMISIONES DE LA ACCION

AI 1 ES CIERTO. Mediante Decreto Número 09993-10-2013 del 28 de octubre de 2013, fue nombrado en Propiedad como docente etnoeducador del resguardo indígena de Tálaga del Municipio de Páez



de conformidad al Decreto 804 de 1995. Decreto que en su artículo segundo parágrafos primero y segundo indican lo siguiente:

"Los docentes etnoeducadores nombrados mediante el presente acto administrativo devengarán los factores salariales establecidos en el decreto salarial correspondiente a la naturaleza de su cargo y denominación"

"los docentes etnoeducadores nombrados en propiedad mediante el presente acto administrativo NO serán inscritos en el escalafón docente, por la inexistencia de normatividad aplicable para tal situación, de acuerdo a lo establecido por la Honorable corte constitucional mediante Sentencia C-208 de 2007."

AI 2 ES CIERTO. Según se observa en prueba anexa.

AI 3, 4, 5 6 y 7: DEBERAN SER PROBADAS Y DEBATIDAS por cuanto son apreciaciones subjetivas del apoderado de la parte demandante las cuales se desvirtúan con los argumentos que más adelante manifestaré.

FUNDAMENTOS DE DERECHO QUE MOTIVAN LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Para sustentar la posición de esta entidad respecto de las pretensiones del demandante y por considerarse necesario para mejor proveer, me permito realizar las siguientes apreciaciones de derecho las cuales se efectúan así:

La Constitución Política de Colombia - en su artículo 125, establece: "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..."

NORMATIVIDAD RELACIONADA CON LA VINCULACIÓN DE DOCENTES PARA LABORAR EN TERRITORIOS INDÍGENAS

"Ley 115 de 1994, CAPÍTULO 3. Educación para grupos étnicos



Artículo 55°.- Definición de etnoeducación. Se entiende por educación para grupos étnicos la que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos. Ver Decreto Nacional 804 de 1995

Esta educación debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones.

Parágrafo.- En funcionamiento las entidades territoriales indígenas se asimilarán a los municipios para efectos de la prestación del servicio público educativo, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 60 de 1993 y de conformidad con lo que disponga la ley de ordenamiento territorial. Ver Decreto Nacional 804 de 1995

Artículo 56°.- Principios y fines. La educación en los grupos étnicos estará orientada por los principios y fines generales de la educación establecidos en la presente Ley y tendrá en cuenta además los criterios de integridad, interculturalidad, diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad. Tendrá como finalidad afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura. Ver Decreto Nacional 804 de 1995

Artículo 57°.- Lengua materna. En sus respectivos territorios, la enseñanza de los grupos étnicos con tradición lingüística, propia será bilingüe, tomado como fundamento escolar la lengua materna del respectivo grupo, sin detrimento de lo dispuesto en el literal c) del artículo 21 de la presente Ley.

Artículo 58°.- Formación de educadores para grupos étnicos. El Estado promoverá y fomentará la formación de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos, así como programas sociales de difusión de las mismas.

Artículo 59°.- Asesorías especializadas. El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación Nacional y en concertación con los grupos étnicos prestará asesoría especializada en el desarrollo curricular, en la elaboración de textos y materiales educativos y en la ejecución de programas de investigación y capacitación etnolingüística.

Artículo 60°.- Intervención de organismos internacionales. No podrá haber injerencia de organismos internacionales, públicos o privados en la educación de los grupos étnicos, sin la aprobación del Ministerio de Educación Nacional y sin el consentimiento de las comunidades interesadas.



Artículo 61º.- Organizaciones educativas existentes. Las organizaciones de los grupos étnicos que al momento de entrar en vigencia esta Ley se encuentren desarrollando programas o proyectos educativos, podrán continuar dicha labor directamente o mediante convenio con el gobierno respectivo, en todo caso ajustados a los planes educativos regionales y locales.

Artículo 62º.- Selección de educadores. Las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los educadores que laboren en sus territorios, preferiblemente, entre los miembros de las comunidades en ellas radicados. Dichos educadores deberán acreditar formación en etnoeducación, poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano.

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.

El Ministerio de Educación Nacional, conjuntamente con las entidades territoriales y en concertación con las autoridades y organizaciones de los grupos étnicos establecerá programas especiales para la formación y profesionalización de etnoeducadores o adecuará los ya existentes, para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta Ley y en la Ley 60 de 1993. Ver Decreto Nacional 196 de 1995 (Resolución 5660 de 1994. Ministerio de Educación Nacional, Bachillerato no Escalafonado).

Artículo 63º.- Celebración de contratos. Cuando fuere necesaria la celebración de contratos para la prestación del servicio educativo para las comunidades de los grupos étnicos, dichos contratos se ajustarán a los procesos, principios y fines de la etnoeducación y su ejecución se hará en concertación con las autoridades de las entidades territoriales indígenas y de los grupos étnicos. Ver Decreto Nacional 804 de 1995"

"Decreto 804 de 1995

Por medio del cual se reglamenta la atención educativa para grupos étnicos

Artículo 10º.- Para los efectos previstos en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, son autoridades competentes de las comunidades de los grupos étnicos para concertar la selección de los docentes con las autoridades de las entidades territoriales, las siguientes:

a. El Consejo de Mayores y/o las que establezcan las organizaciones de las comunidades que integran la Comisión Consultiva Departamental o Regional, con la asesoría de las organizaciones representativas y de los comités de etnoeducación de las comunidades negras y raizales, Ver el Decreto Nacional 1371 de 1994, Ver el Decreto Nacional 2248 de 1995 y

Derecho a la designación en propiedad de docentes que han sido seleccionados en forma concertada. La elección de los docentes debe realizarse 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). Es decir, hasta tanto no se expida tal normatividad, el nombramiento en propiedad se hará con base en los criterios consagrados en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, por ello, deberá realizarse (i) una selección concertada entre las autoridades competentes y los grupos étnicos, (ii) una preferencia de los miembros de las comunidades que se encuentran radicados en ellas, (iii) acreditación de formación en etnoeducación y (iv) conocimientos básicos del respectivo grupo étnico. Una vez se presenta el cumplimiento de estos requisitos, la comunidad indígena y los docentes tienen el derecho a que se proceda al nombramiento en propiedad”.

De acuerdo a la anterior, se tiene que para la vinculación de los docentes que laboran en territorios indígenas, se requiere previamente de un aval expedido por la Comunidad del Resguardo Indígena, quienes le dan a conocer el mismo a la Secretaria de Educación quienes en calidad de administradores del sistema profieren el acto administrativo de nombramiento, materializando así la voluntad de la Comunidad.

Una vez aclarado el tema de los nombramientos de los docentes etnoeducadores y la normatividad que regula el mismo, es procedente entrar a estudiar si dicho nombramiento les otorga los derechos de carrera docente frente al Decreto 2277 de 1979, tal y como los reclama la parte convocante a través de apoderado judicial. Para lo anterior es preciso señalar lo siguiente:

La Corte Constitucional mediante sentencia C-208 de 2007, al estudiar el tema etnoeducativo, con ocasión de la acción pública de inconstitucionalidad promovida contra el Decreto Ley 1278 de 2002, *“Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”*, analizó si el acceso a la carrera docente a través del concurso público de méritos le era aplicable a las comunidades indígenas, determino la exequibilidad de la norma en comento *“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, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias”*, es decir los artículos 55 a 63 de la ley 115 de 1995 y el decreto 804 de 1995.

En la misma sentencia, la Corte dejo sentado que el Decreto 2277 de 1979, tampoco es aplicable a las comunidades indígenas en lo que



respecta a la vinculación y administración del personal Docente y Directivo Docente, debido a que: (...) "Ni el Estatuto Docente vigente para la época de expedición de la Ley General de Educación, el Decreto-Ley 2277 de 1979, ni en ningún otro ordenamiento, se incluían normas especiales que regulara los procesos de vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos".

Por lo anterior, es claro que al realizar los nombramientos en propiedad de los docentes etnoeducadores de las comunidades indígenas no es posible realizar la inscripción o ascensos en el Escalafón debido a que las disposiciones aplicables, según lo decantado por la Corte Constitucional, son las contenidas en la Ley General del Educación, el Decreto 804 de 1995 y demás normas complementarias, las cuales no contienen preceptos que regulen la inscripción, quedando entonces supeditada la misma a que el legislador proceda a expedir un Estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia.

Ahora es pertinente tener en cuenta que el Ministerio de Educación Nacional mediante Oficio con radicado 2018-IE-028797 de fecha 22 de junio de 2018 retoma los argumento anteriormente expuestos concluyendo que:

"3.1 El Decreto 2277 de 1979 como estatuto docente no ha sido derogado. No obstante, algunos artículos han perdido su vigencia por derogatoria tácita o expresa.

3.2. Corolario de lo anterior, es que una vez se presente y acredite el cumplimiento de estos requisitos, la comunidad indígena y los docentes tienen el derecho a que se realice el nombramiento en propiedad, debiendo entonces procederse de conformidad por ese ente territorial. No obstante, dicho nombramiento no podrá efectuarse de conformidad con las disposiciones del Decreto 2277 de 1979, por cuanto los precedentes constitucionales antes citados, fueron claros al establecer que mientras el legislador expida un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las únicas normas aplicables a los grupos indígenas serían las contenidas en la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994) y las demás normas complementarias, dejando por fuera la posibilidad de aplicación a este grupo de docentes, el estatuto contenido en el referido Decreto 2277.

Aunado lo anterior, es de anotar que la principal razón por la cual la Corte consideró que no era aplicable a los etnoeducadores indígenas el Decreto 1278 de 2002, (falta de consulta previa con las respectivas comunidades indígenas) es igualmente aplicable para que en opinión de esta Oficina el Decreto Ley 2277 de 1979 tampoco pueda ser aplicado a los referidos servidores La reglamentación del Decreto 1075 de 2015 sobre la inscripción y ascenso de los docentes que actualmente son regidos por el Decreto ley 2277 de 1979 es aplicable a dichos docentes, siempre y cuando tengan derechos de carrera. Es decir, excluye a los docentes nombrados con arreglo al Decreto-ley 2277 de 1979, artículo 5, parágrafo



único que no solicitaron la inscripción en los términos del parágrafo primero del artículo 105 de la Ley 115 de 1994 (artículo actualmente derogado por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001). Pues resulta atípico que actualmente sean inscritos docentes en el escalafón del Decreto-ley 2277 de 1979.

3.3. Las disposiciones del Decreto-ley 2277 de 1979, no son aplicables a los grupos indígenas, por cuanto los precedentes constitucionales antes citados, fueron claros al establecer que mientras el legislador expida un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las únicas normas aplicables a los grupos indígenas serían las contenidas en la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994) y las demás normas complementarias, dejando por fuera la posibilidad de aplicación a este grupo de docentes, el estatuto contenido en el referido Decreto-ley 2277 de 1979.

Se destaca nuevamente el contenido de la Sentencia del 18 de septiembre de 2014 emanada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección "B", de radicación 10912009 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve, en la cual se adujo que, "(...) respecto del artículo 6 del acuerdo demandado, cuya nulidad se reclama con fundamento en que no incluyó dentro de las normas que rigen el concurso, el artículo 5 del Decreto Extraordinario No. 2277 de 1979, se reitera lo considerado en la sentencia del 12 de agosto de 2010, providencia en la cual se expuso que dicho artículo fue derogado tácitamente, por ende no está vigente, en tanto el artículo 116 de la Ley 115 de 1994 reguló los títulos exigidos para ejercer la docencia (...)."

3.4. Para finalizar, es preciso citar las siguientes aclaraciones brindadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto 1833 del 26 de julio de 2007 (C.P. Gustavo Aponte Santos):

"Dado que la consulta se orienta a determinar la interpretación que debe darse a varias disposiciones del llamado Estatuto Docente contenido en el decreto ley 2277 de 1979 y que posteriormente fue expedido el Estatuto de Profesionalización Docente mediante el decreto ley 1278 de 2002, es menester precisar la vigencia y campo de aplicación de estas disposiciones, previamente al análisis de las normas por las cuales se inquiera.

El decreto ley 2277 de 1979 fue expedido por el Gobierno Nacional con base en las facultades extraordinarias conferidas por la ley 8ª de 1979 para adoptar las normas sobre el ejercicio de la profesión docente. Posteriormente, ya en vigencia de la Constitución de 1991 que establece el principio de determinación legal de las condiciones y requisitos de ingreso a los cargos de carrera y de ascenso en los mismos, teniendo en cuenta los méritos y calidades de los aspirantes (art. 125), se han expedido varias disposiciones que se ocupan de la carrera docente, de las que se destacan la ley 60 de 1993, en cuanto reiteró el principio de que ningún departamento, distrito o municipio podría vincular docentes

sin el lleno de los requisitos del estatuto docente (art. 6º), la ley 115 de 1995 en la que se precisa que el ejercicio de la profesión docente se rige por dicha ley y el Estatuto Docente (art. 115 2) y la ley 715 de 2001 mediante la cual se dictaron normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política, reformados por el Acto legislativo 1 de 2001.

Esta ley 715 atribuye a la Nación diversas competencias relacionadas con la prestación del servicio público de la educación en sus niveles preescolar, básico y medio, en el área urbana y rural, entre ellas la de reglamentar los concursos que rigen para la carrera docente (art. 57), y otorga las siguientes facultades extraordinarias para regular la carrera docente:

(...)

El otorgamiento de estas facultades extraordinarias fue declarado exequible por el juez constitucional mediante sentencia C 617 de 2002, en la que se afirma la constitucionalidad de la coexistencia de dos estatutos docentes, en los siguientes términos:

"Ahora, la sujeción de la participación de las entidades territoriales en los ingresos de la Nación al Sistema General de Participaciones configurado por el constituyente, tiene una incidencia directa en la financiación de los servicios que legalmente están a cargo de tales entidades. Y como un aspecto importante de esa financiación tiene que ver con costos laborales, existe fundamento para la expedición de un nuevo estatuto de carrera aplicable al personal vinculado a uno de esos servicios.

En consecuencia, resulta razonable la decisión de facultar al Gobierno para que se reformule el régimen de carrera de los docentes, directivos docentes y administrativos con el propósito de atemperarlo a los nuevos parámetros fijados por el constituyente en aquella materia.

(...)

Así, ante una nueva regulación constitucional y legal de (a participación de las entidades territoriales en los ingresos de la Nación para la prestación de los servicios que les corresponda de acuerdo con la ley, y entre ellos los de salud y educación, es legítimo que se conciba un nuevo régimen de carrera para el personal de docentes, directivos docentes y administrativos. En el mismo sentido, es legítimo que ese régimen no se aplique a quienes se vincularon antes de la promulgación de esa ley pues la expedición de un nuevo régimen de carrera docente no habilita ni al legislador ordinario ni al legislador extraordinario para desconocer los derechos adquiridos por el personal cobijado por el actual Estatuto Docente. De allí que, con buen sentido, la norma acusada disponga que el nuevo régimen se aplicará únicamente a los docentes, directivos docentes y administrativos que ingresen a partir de la promulgación de la ley." (Destaca la Sala)

Por su parte el decreto ley 1278 de 2002 denominado Estatuto de Profesionalización Docente, mediante el cual se ejercieron las facultades

extraordinarias conferidas, determina en forma expresa e inequívoca la aplicación de sus normas a quienes se vinculen a partir de la expedición del decreto a cargos de docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles preescolar, básico (primaria y secundaria) o medio (art. 2º 3), lo cual tiene como consecuencia que quienes estaban vinculados con anterioridad a su expedición, continuaron regidos por el estatuto anterior contenido en el decreto ley 2277 de 1979 que no fue derogado integralmente 4 , y por tanto, sobre la base de este campo de aplicación ha de pronunciarse la Sala."

No obstante lo anterior, la Corte constitucional en Sentencia de Unificación SU-011 de 2018 de 08 de marzo de 2018, con ponencia de las Magistradas Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortíz Delgado, sostuvo:

"(...) la materialización del derecho a la etnoeducación ha dado lugar a dos decisiones de constitucionalidad en las que se ha evidenciado un vacío normativo que impide la eficacia plena del derecho; tres decisiones de revisión, en asuntos iniciados por docentes que solicitaban su nombramiento como etnoeducadores, ante la ausencia de una regulación integral del sistema de nombramiento de docentes en comunidades étnicamente diferenciadas; y una sentencia, dictada por la Sala Tercera de Revisión, T-292 de 2017, en la que se estudió un caso con notorias similitudes fácticas, en lo relevante, es decir, un precedente (...)

71. Como quiera 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). Al respecto, se debe resaltar que 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 este Decreto 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).

72. Sin embargo, como se ha indicado, estas normas distan de ser una regulación integral sobre el sistema de selección y nombramiento de docentes, y sobre los contenidos mínimos que debe satisfacer el Estado

para asegurar una educación acorde con los estándares generales de aceptabilidad (o calidad), y adecuada culturalmente. A continuación, la Sala recogerá lo expresado en las principales decisiones en que ha constatado ese vacío, y sus consecuencias.

144. De acuerdo con lo ya expuesto en esta providencia, dadas las graves implicaciones constitucionales que acarrea la ausencia de un marco legal integral sobre etnoeducación, este Tribunal ha adoptado dos remedios judiciales distintos. **En la Sentencia C-208 de 2007, respecto a las comunidades indígenas declaró que el Estatuto de Profesionalización docente, Decreto Ley 1278 de 2002 no les sería aplicable y que, entretanto, debían aplicarse las reglas generales en la materia (especialmente, la Ley 115 de 1994).** Casi una década después, y ante la persistencia del vacío, en la **Sentencia C-666 de 2016** y en el caso de comunidades afrodescendientes, negras, raizales y palenqueras, decidió que, si bien es imperativa la existencia de un régimen legal específico para el acceso al cargo de etnodocentes, el Estatuto de Profesionalización Docente sería aplicable por un año a estos pueblos, para así evitar consecuencias inconstitucionales en los derechos de comunidades, docentes y educandos."

Ahora, en un caso de similitud fáctica con relación al proceso que hoy nos ocupa, el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca emitió un pronunciamiento¹ en el que concluyó:

"En consecuencia, resulta forzoso para la sala, en consideración con lo señalado por el Consejo de Estado, advertir que contrario a lo pretendido por el actor, considerar que no se ha pretermitido la obligación del régimen e carrera con relación a las etnias y de todas formas debe adelantarse un concurso de méritos el cual debe concertarse con las comunidades indígenas y en el cual deben cumplirse requisitos propios como el ser bilingüe y de preferencia pertenecer a dicha comunidad, por lo que en atención al ingreso a la carrera de docentes y de los etnoeducadores debe ceñirse a las disposiciones contenidas en la Ley 115 de 1994, norma que prevé la superación del concurso de méritos y el cumplimiento de requisitos de ley para poder acceder a la inscripción del Escalafón Docente, circunstancia que obliga a confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán"

1.-EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE NORMATIVIDAD APLICABLE A LA INSCRIPCIÓN Y ASCENSO EN EL ESCALAFÓN NACIONAL DOCENTE

Como se ha planteado de manera amplia en el presente escrito, y de conformidad con lo establecido en sentencia de fecha 9 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Contencioso del Cauca con número de radicado 19001 -33-31 -006-2008-00085-01, siendo demandante el señor Bolívar Chocue Guetio, se tiene que los docentes etnoeducadores

¹ Sentencia de 09 de marzo de 2017. Magistrada Ponente: Dra. Gloria Milena Paredes Rojas.



nombrados con la Ley 115 de 1994 y el Decreto 804 de 1995, no se les aplica decreto 2277 de 1979, razón por la cual no encuentran sustento jurídico para ser inscritos y obtener ascensos en el escalafón docente. Así las cosas, deberá esperarse que el legislador expida un estatuto Nacional Docente especial que regule lo concerniente al ascenso y permanencia de los docentes etnoeducadores.

En el presente caso es pertinente aclarar lo siguiente:

1. Mediante Resolución No. 03 del 11 de febrero de 1998, se realiza una inscripción en el escalafón nacional docente conforme al artículo 19 del Decreto 2277 de 1979 al educador Nelson Jonnie Achipiz Pachongo, lo anterior tiene sustento en cuanto a que a la fecha era necesario estar inscrito en el Escalafón Nacional docente como requisito previo para ejercer la docencia.
2. Posteriormente el señor Nelson Jonnie Achipiz Pachongo, prestó sus servicios mediante contrato de prestación de servicios con el Municipio de Páez durante los años 1996 a 2003 de manera interrumpida.
3. Con Decreto 0094-02-2004 del 13 de febrero de 2004, se nombra en provisionalidad al señor Achipiz Pachongo en la planta global del departamento con cargo al sistema general de participaciones en virtud de lo expuesto en el artículo 38 de la ley 715 de 2001, en vigencia del decreto 1278 de 2002.
4. Mediante Resolución 5613-12-2007 se concede un mejoramiento académico
5. Con resolución No. 1369-05-2007, se asciende al señor Achipiz Pachongo al grado siete del escalafón nacional docente
6. Mediante Resolución 2430-04-2009 se asciende al grado nueve del Escalafon Nacional docente.
7. Finalmente realiza su cambio de régimen aplicable por lo que mediante resolución No. 09993-10-2013 del 28 de octubre de 2013 el actor es nombrado como docente etnoeducador en propiedad del resguardo indígena de Tálaga del Municipio de Páez de conformidad al Decreto 804 de 1995. Decreto que en su artículo segundo parágrafos primero y segundo indican lo siguiente:
 - *“Los docentes etnoeducadores nombrados mediante el presente acto administrativo devengarán los factores salariales establecidos en el decreto salarial correspondiente a la naturaleza de su cargo y denominación”*

- *“los docentes etnoeducadores nombrados en propiedad mediante el presente acto administrativo NO serán inscritos en el escalafón docente, por la inexistencia de normatividad aplicable para tal situación, de acuerdo a lo establecido por la Honorable corte constitucional mediante Sentencia C-208 de 2007.”*

Ahora bien, manifiesta la parte demandante, que el docente se encuentra vinculado en propiedad con base en el Decreto 804 de 1995.

Concluyendo que a partir del pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 208 de 2007, no es viable ni inscribir, ni ascender en el escalafón a los docentes etnoeducadores nombrados en propiedad; en virtud de lo cual los docentes que al momento de su nombramiento en propiedad como etnoeducadores, deberán ceñirse a los decretos salariales aplicables para la población etnoeducador como lo son el Decreto 1231 de 2012 y demás complementarios.

2. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

En el particular, el señor Achipiz Pachongo

1. Mediante Resolución No. 03 del 11 de febrero de 1998, se realiza una inscripción en el escalafón nacional docente conforme al artículo 19 del Decreto 2277 de 1979 al educador Nelson Jonnie Achipiz Pachongo, lo anterior tiene sustento en cuanto a que a la fecha era necesario estar inscrito en el Escalafón Nacional docente como requisito previo para ejercer la docencia.
2. Posteriormente el señor Nelson Jonnie Achipiz Pachongo, prestó sus servicios mediante contrato de prestación de servicios con el Municipio de Páez durante los años 1996 a 2003 de manera interrumpida.
3. Con Decreto 0094-02-2004 del 13 de febrero de 2004, se nombra en provisionalidad al señor Achipiz Pachongo en la planta global del departamento con cargo al sistema general de participaciones en virtud de lo expuesto en el artículo 38 de la ley 715 de 2001, en vigencia del decreto 1278 de 2002.
4. Mediante Resolución 5613-12-2007 se concede un mejoramiento académico
5. Con resolución No. 1369-05-2007, se asciende al señor Achipiz Pachongo al grado siete del escalafón nacional docente
6. Mediante Resolución 2430-04-2009 se asciende al grado nueve del Escalafon Nacional docente.
7. Finalmente realiza su cambio de régimen aplicable por lo que mediante resolución No. 09993-10-2013 del 28 de octubre de 2013 el actor



es nombrado como docente etnoeducador en propiedad del resguardo indígena de Tálaga del Municipio de Páez de conformidad al Decreto 804 de 1995. Decreto que en su artículo segundo parágrafos primero y segundo indican lo siguiente:

- “Los docentes etnoeducadores nombrados mediante el presente acto administrativo devengarán los factores salariales establecidos en el decreto salarial correspondiente a la naturaleza de su cargo y denominación”
- “los docentes etnoeducadores nombrados en propiedad mediante el presente acto administrativo NO serán inscritos en el escalafón docente, por la inexistencia de normatividad aplicable para tal situación, de acuerdo a lo establecido por la Honorable corte constitucional mediante Sentencia C-208 de 2007.”

Indicar al Despacho que el actor mediante derecho de petición con radicado SAC 2015PQR18397 del 8 de mayo de 2015 solicitó ante la Secretaría de Educación y Cultura el ascenso en el Escalafón Nacional docente de conformidad al decreto 2277 de 1979, el cual le fue resuelto mediante oficio 2508 del 05 de junio de 2015 de manera negativa, el cual le fue notificado a la actora el 3 de agosto de 2015 tal y como consta en la prueba de entrega expedida por Servientrega S.A

Igualmente mediante derecho de petición con radicado SAC 2015PQR32724 del 20 de agosto de 2015, el actor ya había solicitado ante la Secretaría de Educación y Cultura su ascenso en el Escalafón Nacional docente de conformidad al decreto 2277 de 1979, el cual le fue resuelto mediante oficio 3585 del 31 de agosto de 2015, la cual fue resuelta de forma negativa y de fondo por encontrar que su nombramiento actual se realizó en virtud del decreto 804 de 1995 y demás normas complementarias las cuales no permiten realizar ascenso en el escalafón nacional Docente de conformidad a lo dispuesto en la Sentencia C-208 de 2007, respuesta que fue notificada al actor tal y como consta en la prueba de entrega expedida por Servientrega S.A

En este sentido me permito indicar su señoría que el demandante tuvo 2 oportunidades para demandar actos administrativos emanados de la Administración Departamental, como lo fueron el Decreto de nombramiento en propiedad como etnoeducador contenido en el Decreto 09993-10-2013 de fecha 28 de octubre de 2013 el cual fue debidamente notificado el día 05 de noviembre de 2013, y el acto administrativo contenido en el oficio 3585 del 31 de agosto de 2015, el cual fue notificado según constancia de entrega expedido por Servientrega S.A, el cual se anexa.

Luego tratándose del medio de control - nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario indicar que la ley 1437 de 2011 indica al respecto: *“Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma*



jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. la nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior."

El artículo 164 *ibídem*, establece en su numeral 2 los términos para la presentación de la demanda so pena de la caducidad.

"Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. la demanda deberá ser presentada:

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;"

Para el presente caso, el acto acusado debió demandarse dentro del término legal para hacerlo esto es dentro de los 4 meses siguientes a su notificación los cuales según los argumentos anteriormente expuestos, se ha configurado con ello la caducidad de la acción.

3. EXCEPCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Frente a las causales de nulidad de los actos administrativos, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta - Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, mediante fallo de fecha 10 septiembre de 2015, radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025) Actor: HELBER ADOLFO CASTAÑO PEREZ y otros demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA ACUMULADOS – Radicación: 11001-03-24-000-2013-00534-00(20946) 11001-03-24-000-2013-00509-00(21047), manifestó:

"ACTO ADMINISTRATIVO – Causales de nulidad previstas en la Ley 1437 de 2011 / DEMANDA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL O PARTICULAR – Alcance del concepto de violación del artículo 162-4 de la Ley 1437 de 2011 / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – El rigorismo en plantear el concepto de violación es más flexible que en el de nulidad y restablecimiento del derecho.

[...] finalmente las llamadas causales de nulidad del acto administrativo, previstas en el artículo 137 de la Ley 1437, a partir, sin duda, de los elementos de existencia y validez del acto administrativo: (i) órgano competente; (ii) formas y procedimiento; (iii) motivo y motivación; (iv) finalidad, y (v) objeto o contenido. Vistos desde el punto de vista negativo, esos elementos configuran, en mayor o menor grado, las causales de nulidad del acto administrativo y del reglamento: la incompetencia del funcionario o del órgano; la expedición irregular —



que incluye la falta de motivación y las violaciones del derecho de defensa—, la falsa motivación, la desviación de poder y la violación de la ley, que, a su vez, ocurre por inaplicación, indebida aplicación e interpretación errónea de la norma de sujeción. En esa dinámica, lo ideal sería que en la demanda se invoque la causal de nulidad y se planteen argumentos serios, suficientes y pertinentes que la demuestren. Esto es, habría que formular una acusación que técnicamente aluda a los elementos del acto administrativo y conceptualmente a las causales de nulidad. Justamente a eso se refiere el artículo 162-4 de la Ley 1437, cuando dice que el actor debe exponer el concepto de violación que sustente la pretensión de nulidad, ora frente a un acto administrativo particular, ora frente a uno general o a un reglamento. Esa exigencia suele ser más fuerte para la demanda de nulidad y restablecimiento, cuya presentación es por conducto de apoderado judicial, que se supone tiene el conocimiento y capacidad necesarios para presentarla de manera debida. En cambio, la exigencia es más flexible en las acciones de simple nulidad porque las puede presentar «cualquier persona», en los términos del artículo 137 *ibídem* (en igual sentido el artículo 135 del CPACA). Y por tratarse de una acción pública, que no exige mayores rigorismos, el juez administrativo puede hacer uso de la facultad de interpretar la demanda para determinar si los argumentos ofrecidos cumplen con los requisitos de suficiencia, claridad y pertinencia, y, en todo caso, debe privilegiar el derecho de tutela judicial efectiva para examinar la legalidad del acto acusado, a partir del entendimiento de los argumentos que sustentan la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 135 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 137 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 162-4"

Como se ha manifestado a lo largo de la presente contestación de la demanda, se concluye que el oficio 4.8.2.3-48-683 del 08 de octubre de 2018, mediante el cual se despacha negativamente la solicitud de inscripción en el Escalafón Nacional Docente de conformidad al decreto 2277 de 1979, se hizo por cuanto La Corte Constitucional mediante Sentencia C-208 de 2007, al estudiar el tema etnoeducativo, con ocasión de la acción pública de inconstitucionalidad promovida contra el decreto ley 1278 de 2002, "por el cual se expide el estatuto de profesionalización docente", analizó si el acceso a la carrera docente a través del concurso público de méritos le era aplicable a las comunidades indígenas, determinó la exequibilidad de la norma en comento "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, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la ley general de educación y demás normas complementarias", es decir los artículos 55 a 63 de la ley 115 de 1995 y el decreto 804 de 1995.

En la misma sentencia, la corte dejó sentado que el Decreto 2277 de 1979 tampoco es aplicable a las comunidades indígenas en lo que respecta a la vinculación y administración del personal docente y directivo docente, debido a que: (...) “ni el estatuto docente vigente para la época de expedición de la ley general de educación, el decreto-ley 2277 de 1979, ni en ningún otro ordenamiento, se incluían normas especiales que regulara los procesos de vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos”. (subrayado y resaltado fuera de texto)

Por lo anterior, es claro que las normas que rigen a los etnoeducadores son la ley 115 de 1995 y el Decreto 804 de 1995 compilado por el Decreto 1075 de 2015, normas que no contemplan preceptos que regulen lo relacionado al ascenso en el escalafón docente, teniendo que se está a la espera de la expedición del Estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, razón por la cual no se puede despachar favorablemente sus peticiones; situación que en todo caso debe ser especialmente valorada pues se tiene que los ETNOEDUCADORES se encuentran claramente diferenciados en lo atinente a su régimen de vinculación y la fecha en que la misma se produce, poniendo de presente que quienes se vinculen con posterioridad a la expedición de la Sentencia C-208 de 2007 deberán ser objeto de aplicación de lo establecido en la ley 115 de 1994, Decreto 804 de 1995 al tenor del Decreto 1075 de 2015.

Por lo tanto el acto administrativo demandado cumple los requisitos de legalidad, como lo son la competencia para expedir la respuesta, el respeto del derecho de defensa y debido proceso, así como la debida motivación tanto en los aspectos facticos, como en la normatividad aplicable, razón por la cual solicito comedidamente se declare probada la presente excepción y se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

PETICIONES

Declarar probadas las excepciones propuestas en calidad de apoderado del Departamento del Cauca – Secretaría de Educación y Cultura, y como consecuencia de ellos negar las pretensiones de la demanda.

PRUEBAS

DOCUMENTALES

Solicito tener como tales las aportadas al proceso por la parte demandante.

1. Petición con radicado 2015pqr32724
2. Oficio 3585 de fecha 31 de agosto de 2015
3. Prueba de entrega

4. Concepto expedido por parte del Ministerio de Educación Nacional de fecha 22 de junio de 2018
5. Sentencia proferida por el Tribunal contenciosos del Cauca de fecha 9 de marzo de 2017

APORTADAS

Expediente administrativo se anexa 1 DC

DE OFICIO:

Las que ese Despacho Judicial estime pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos objeto del presente proceso.

ANEXOS:

Poder conferido, copia del acta de posesión del Dr. ELIAS LARRAHONDO CARABALLI, como Gobernador del Departamento del Cauca.

NOTIFICACIONES:

El demandante y su apoderado las recibirán en las direcciones anotadas en la demanda.

Las personales las recibiré en su Despacho o en las instalaciones de la Secretaría de Educación y Cultura del Cauca – Carrera 6ª No. 3-82

Correo Electrónico: juridica.educacion@cauca.gov.co

Atentamente,

Ingrid Nathalia Euscategui R
INGRID NATHALIA EUSCATEGUI RIVAS
C. C. No. 1.061.720.325 de Popayán.
T. P. No. 240.270 del C. S. De la Judicatura.