REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Tel. 8240802 - Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veintiocho (28) de septiembre de 2020

EXPEDIENTE: 19- 001- 33- 33- 008- 2019- 00030- 00
ACTOR: CESAR IVAN FAJARDO FLOR
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 191

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda.

El señor CESAR IVAN FAJARDO FLOR identificado con la cédula de ciudadanía nro. 76.259.589, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló demanda en contra del DEPARTAMENTO DEL CAUCA, pretendiendo la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio nro. 4.8.2.3-48-764 del 8 de octubre de 2018, mediante el cual la Secretaría de Educación Departamental le negó el derecho a la inscripción y/o ascenso en el Escalafón Docente Nacional del Magisterio regido por el Decreto 2277 de 1979.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que tiene derecho a la inscripción y/o ascenso en el Escalafón Docente Nacional del Magisterio, y subsidiariamente pide que, se declare que tiene derecho a la nivelación salarial conforme a los decretos salariales para etnoeducadores, y realizar la reliquidación de prestaciones sociales con base en la nueva asignación.

Pretende además el actor, que se condene a la accionada a pagar el retroactivo salarial y prestacional adeudado durante el tiempo por el cual no ha obtenido el correspondiente ascenso en dicho escalafón, debidamente indexadas conforme al IPC.

Como base fáctica de las pretensiones, se indicó en la demanda que el señor CESAR IVAN es docente etnoeducador, vinculado por el departamento del Cauca, teniendo como base el Decreto 804 de 1995, cuyo nombramiento es propiedad se hizo a través del Decreto 06171 del 7 de julio de 2013. Que solicitó la inscripción y/o ascenso al escalafón docente 2277, pero mediante oficio nro. 4.8.2.3-48-764 la entidad territorial negó lo solicitado aduciendo que aquel era docente etnoeducador bajo los parámetros de la Ley 115 de 1991 y el Decreto 804 de 1995 y fallos de tutela de la Corte Constitucional.

Como normas violadas se invocaron los artículos 67, 68, 125, 150-23 y 365 de la Constitución Política; los decretos 804 de 1995, 278 de 2002, 2277 de 1979 y 3238 de 2004, y la Ley 115 de 1994.

Sostuvo la parte activa de la Litis, en el concepto de violación, que el acto demandado se encuentra viciado de nulidad por el hecho de quebrantar los preceptos constitucionales anotados, ya que la Carta Política de 1991 consagra los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico y garantiza un orden político, económico y social justo e igualitario.

Consideró que, según la Constitución y la OIT, se reconocen a los integrantes de los grupos étnicos el derecho a recibir formación y enseñanza que respete y desarrolle su identidad cultural, por lo tanto aun cuando los parámetros de la carrera administrativa cubren a los miembros de comunidades étnicas, las especificaciones sobre el respeto a su cultura, costumbre y lenguas no fueron tomadas 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.

Resaltó que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al expedir el Estatuto de Profesionalización Docente.

Agregó que, omitir la inscripción y el ascenso del actor en el escalafón docente, vulnera a toda luz los derechos constitucionales y enmarcados en la OIT que la respaldan, como miembro de una comunidad étnica y como miembro o parte de la carrera administrativa.

Concluyó que al negar la posibilidad de la inscripción y ascenso en el escalafón docente se le vulnera al accionante los derechos establecidos en la carrera administrativa, ya que se le impide la posibilidad de ascenso, pues tanto en el Decreto 2277 de 1979 como en el Decreto 1278 de 2002, se permite a los docentes nombrados, ascender en el escalafón.

1.2.- La oposición por parte del departamento del Cauca.

La entidad accionada, actuando a través de apoderado judicial, dentro del término de traslado contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y hechos de la misma, argumentando que el actor no tiene derecho a la inscripción y/o ascenso en el Escalafón Docente, porque la ley no lo contempla.

Mencionó también, que al realizar nombramientos en propiedad de los docentes etnoeducadores de las comunidades indígenas, no es posible efectuar la inscripción en el Escalafón Docente debido a que las disposiciones aplicables son las contenidas en la Ley General de Educación, a saber, el Decreto 804 de 1995 y demás normas complementarias, las cuales no contiene preceptos que regulen la inscripción, quedando entonces supeditada la misma a que el legislador expida un estatuto de profesionalización docente que regule esta materia.

Propuso las excepciones que denominó "*EXCEPCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO CONTENIDO EN EL OFICIO 4.8.2.3.-48-765 CON FECHA 8 DE OCTUBRE DE 2018*", y "*EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*".

1.3.- Recuento procesal.

La demanda fue presentada el 15 de febrero de 2019 y admitida mediante auto interlocutorio núm. 261 del 26 de marzo de ese mismo año, procediendo a su debida notificación.

Surtidos los traslados de la demanda y de las excepciones propuestas, mediante providencia del 9 de septiembre de 2019 se programó el 19 de noviembre de 2020 como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, sin embargo, consecuencia de los ajustes normativos procesales derivados del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el gobierno nacional, y atemperados a lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, por catalogarse el asunto que nos ocupa como de puro derecho y además obrar material probatorio suficiente para definir el litigio, mediante auto del 1° de julio de esta anualidad se dispuso correr traslado de alegatos, para posteriormente dictar por escrito la sentencia judicial anticipada que corresponda.

En la etapa de alegatos de conclusión, la defensa del departamento del Cauca reiteró los argumentos expuestos al contestar la demanda, insistiendo principalmente en que la normatividad que regula la vinculación de los docentes etnoeducadores que laboran en territorio indígena es la contenida en la Ley 115 de 1994 art. 55 al 63 y el Decreto 804 de 1995 art. 10 al 12. Solicitó, entonces, declarar probadas las excepciones propuestas, y como consecuencia de ello, negar las pretensiones de la demanda.

La parte actora guardó silencio en esta etapa del juicio.

El Ministerio Público no emitió concepto dentro del presente asunto.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales.

2.1.1.- Competencia, caducidad y procedibilidad del medio de control.

Por la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la fecha de presentación de la demanda y el lugar de prestación del servicio del accionante y de expedición del acto administrativo atacado, este Juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia, conforme a lo previsto en los artículos 140, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011.

En cuanto a la caducidad, el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 establece la oportunidad para presentar la demanda, y tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el numeral 2.d., expresa:

> *"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 (…)".*

Ahora bien, siguiendo la pauta del Tribunal Administrativo del Cauca[1], sustentada en la sentencia proferida por el Consejo de Estado del 15 de agosto de 2019[2], el estudio de caducidad del medio de control se abordará una vez se tenga certeza qué estatuto debe aplicarse de manera transitoria en materia de inscripción y ascenso en el escalafón docente del etnoeducador, o si ninguno de ellos le resulta aplicable.

Asimismo, si bien no se verifica que el accionante haya cumplido el requisito de procedibilidad impuesto por el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 es decir, haber "*ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios*", ello por tratarse de un acto administrativo unilateral y definitivo de carácter particular, es necesario precisar que tanto en el acto enjuiciado, como en el acto de notificación por demás inexistente, no se indicó nada frente a la procedencia de estos, circunstancia que le impidió agotar recursos administrativos frente a la entidad que lo expidió.

2.2.- Problema jurídico principal.

Para esta autoridad judicial, el problema jurídico a resolver dentro del presente asunto se centra en verificar la legalidad del acto administrativo enjuiciado, y así, determinar si el señor CESAR IVAN FAJARDO FLOR tiene derecho a la inscripción y/o ascenso en el Escalafón Docente Nacional del Magisterio, conforme lo solicitado en la demanda.

Únicamente, en caso de que la respuesta al problema jurídico anteriormente planteado sea negativa, se deberá establecer si el accionante tiene derecho a la nivelación salarial conforme los decretos salariales para docentes etnoeducadores, y obtener así la reliquidación de prestaciones sociales con base en la nueva asignación.

2.3.- Tesis.

Para el despacho, deberá negarse las pretensiones de la demanda, considerando que no es procedente la inscripción en el Escalafón Nacional Docente del señor CESAR IVAN FAJARDO FLOR, pues no le resulta aplicable el Decreto 2277 de 1979 tal y como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional.

2.4.- Razones de la decisión.

2.4.1. Lo probado en el proceso.

Dentro del juicio se ha acreditado lo siguiente en relación con el accionante:

- Mediante el Decreto nro. 0542-07-2004 del 15 de julio de 2004, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1278 de 2002, la gobernación del Cauca lo nombró en provisionalidad como docente en la planta global de cargos del departamento del Cauca, cargo del cual tomó posesión el 23 de julio de 2004, según acta de posesión sin número, de esa fecha. En el año 2007 hizo parte de la distribución de docentes en el municipio de Morales establecida con el Decreto 0565 del 19 de junio de ese año de la Gobernación del Cauca, teniendo en cuenta su vinculación provisional.

1 Tribunal Administrativo del Cauca, Radicación: 19-001-33-33-002-201900047-01, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, MP: Carlos H. Jaramillo Delgado, auto del 4 de marzo de 2020.

2 Consejo de Estado, Radicación: 11-001-03-15-000-201901291-00, Acción de tutela, sentencias del 15 de agosto y 14 de noviembre de 2019.

- A través del Decreto 0495-01-06-2007 la gobernación del departamento del Cauca lo incorporó de la planta de personal docente de los municipios no certificados del departamento del Cauca, a la planta global de cargos adoptada por el departamento, con cargo al Sistema General de Participaciones.

- El 30 de julio de 2007 el Instituto Técnico de Excelencia Profesional INTENAL le otorgó el título de Técnico en Educación Prescolar.

- Mediante el Decreto nro. 06171-07-2013 del 12 de julio de 2013, la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Cauca lo nombró en propiedad en el cargo de docente en la Planta Global de Cargos del departamento del Cauca, para desempañar la función en el municipio de Morales, ello conforme la Ley 115 de 1994, los decretos 804 de 1995 y 1278 de 2002 y la sentencia C-208 de 2007 de la Corte Constitucional (con la cual se amparó los derechos fundamentales a la autonomía y la libre determinación de los pueblos indígenas), advirtiendo que no sería inscrito en el escalafón docente, cargo del cual tomó posesión el 18 de julio de ese año, según acta de posesión nro. 566, de esa fecha.

- El 16 de diciembre de 2016 la Fundación Universitaria Católica del Norte le otorgó el título de Licenciado en Filosofía y Educación Religiosa.

- A través del acto administrativo contenido en el oficio nro. 4.8.2.3-48-764 del 8 de octubre de 2018, y como respuesta a la solicitud por él elevada el 15 de agosto de esa anualidad, la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Cauca le negó el derecho a la inscripción y/o ascenso en el Escalafón Docente Nacional del Magisterio regido por el Decreto 2277 de 1979, sustentando la decisión en que fue nombrado en propiedad como etnoeducador con fundamento en la Ley 115 de 1994 y Decreto 804 de 1995, teniendo en cuenta los títulos que acreditó al momento de la toma de posesión del referido cargo, y además, por cuanto a esa fecha el legislador no había expedido el estatuto especial para etnoeducadores de conformidad con lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-208 de 2007.

2.4.2.- Fuentes del derecho aplicables.

Como fuentes del derecho para decidir este asunto se tendrán en cuenta las siguientes:

- Ley 115 de 1994, Decreto 804 de 1995, Decreto 2277 de 1979, Ley 715 de 2001 y el Decreto 1278 de 2002.

- Sentencia C-208 de 2007 respecto de la inaplicación del Decreto 1278 de 2002 a los docentes etnoeducadores, asignados a comunidades indígenas.

- Sentencias T-907 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-801 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio y T-049 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, respecto de la procedencia en el nombramiento en propiedad, de docentes etnoeducadores asignados a comunidades indígenas.

- Sentencia T-871 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual se efectuó el recuento normativo respecto al tema de etnoeducadores.

- Sentencia C-666 de 2016. Sobre la aplicación temporal del Decreto 1278 de 2002.

- Consejo de Estado, Radicación: 11-001-03-15-000-201901291-00, Acción de tutela, sentencia del 15 de agosto de 2019.

- Consejo de Estado, Radicación: 11-001-03-15-000-201901291-01, Acción de tutela, sentencia del 14 de noviembre de 2019.

2.4.3.- Análisis jurídico.

- ✓ El servicio educativo para grupos étnicos.

Constitucionalmente, el Estado colombiano *"reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación"* y dicha protección se refleja en todos los ámbitos, entre ellos, la educación.

En dicho sentido, la Ley 115 de 1994 reguló de manera general todo lo atinente al servicio educativo para grupos étnicos. En su art. 55 definió la educación étnica como *"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"*, así:

> *"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. 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".*

Al mismo tiempo, estableció como principios orientadores además de los consagrados en la misma ley, los de integralidad, interculturalidad, diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad e impone al Estado el deber de fomentar la formación de educadores en esta área, aspectos que fueron reglamentados a través del Decreto 804 de 1995.

En este mismo orden de ideas y en aras de incluir a las comunidades indígenas en el proceso organizativo de la educación especial para ellos, se señaló en la ley como requisitos para nombrar a los educadores, inicialmente la concertación con las mismas comunidades, y, además, dichos educadores deben cumplir ciertos requisitos, como lo son: a) ser personas preferiblemente miembros de la comunidad; b) acreditar formación en etnoeducación; y, c) poseer conocimiento básicos del grupo étnico y conocer la lengua materna:

> *"ARTÍCULO 62. 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".*

- ✓ La carrera docente.

Para efectos de determinar el régimen legal aplicable en materia salarial y prestacional, debe tenerse en cuenta que el artículo 115 de la Ley 115 de 1994, dispuso que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente - esto es el Decreto 2277 de 1979 - y por dicha ley. Con base en la misma norma, el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994.

Por otra parte, la Ley 715 de 2001, cuya promulgación tuvo por objeto dictar normas orgánicas en materia de recursos y competencias, y consagrar otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros, dio al Ejecutivo un plazo de seis (6) meses para la presentación de un nuevo proyecto de ley que regulara la carrera docente.

Es así como surge el Decreto 1278 de 2002 o nuevo estatuto docente. Se destaca de esta normatividad, que su entrada en vigencia ocurrió el 20 de junio de 2002 y prescribió en su artículo segundo que el mismo se aplicaría "*a quienes se vinculen a partir de la vigencia del presente decreto para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes sean asimilados de conformidad con lo dispuesto en esta misma norma*".

Ahora bien, esta disposición fue demandada en acción pública de inconstitucionalidad y la Corte Constitucional mediante sentencia C-313 de 22 de abril de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis declaró su exequibilidad con el argumento principal que:

> *"(…) El tratamiento diferenciado que se da a los docentes en razón de la fecha de su vinculación a la administración, anterior o posterior a la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002, responde al hecho de que la situación de los docentes en uno y otro caso no es la misma, y ello en virtud del cambio en las condiciones fácticas y normativas que provocaron la expedición de un nuevo régimen docente".*

Conforme al anterior panorama jurídico se tiene que los docentes vinculados con anterioridad a la vigencia del Decreto 1278 de 2002 –nuevo estatuto docente- mantienen el régimen prestacional que los cobijaba a tal fecha, siempre que no opten por la asimilación. Los docentes que se vinculen a partir de la publicación de este decreto -20 de junio de 2002- estarán sujetos al régimen prestacional propio de las entidades territoriales, hasta tanto el gobierno nacional, en ejercicio de las facultades

contenidas en la Ley 4ª de 1992, establezca la escala única de salarios y el régimen prestacional para los docentes escalafonados.

Finalmente, en virtud del régimen establecido hacia el futuro en el Decreto 1278, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá las prestaciones establecidas en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 a quienes tenían vinculación, en las condiciones allí señaladas, antes de su vigencia, y, el propio de las entidades territoriales, a quienes se vincularon con posterioridad al mismo, con cargo al Sistema General de Participaciones previsto en la Ley 715 de 2001.

Así las cosas, el docente que se vincule con el Estado a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002 –20 de junio de 2002- se gobernará legalmente por este Estatuto Docente.

Valga precisar que, la Corte Constitucional mediante sentencia integradora C–208 de 2007 se pronunció sobre el régimen laboral de los etnoeducadores, dejando claro que el Decreto 1278 de 2002 no podía aplicarse a las situaciones de estos docentes y bajo esas condiciones declaró su exequibilidad, señalándole al legislador que le correspondía expedir una normatividad especial para regular todo lo referente a este particular tema.

En la mencionada sentencia de constitucionalidad, la Corte precisó que el referido estatuto docente no es aplicable a los docentes nombrados en plazas pertenecientes a los pueblos indígenas, pues ello desconocería su derecho a un sistema de educación respetuoso de la diferencia cultural. Asimismo, exhortó al Congreso de la República para que expidiera la ley especial en la materia; pero dispuso que, para evitar el vacío normativo que suponía la omisión legislativa constatada, hasta la expedición de la ley especial, este debía ser colmado con las disposiciones contenidas en la Ley General de Educación y las normas complementarias, con plena participación de los grupos étnicos en la toma de decisiones estatales, en aras de garantizar la efectiva protección de los intereses y derechos de las comunidades indígenas.

Pese a dicha omisión legislativa respecto de la regulación de ingreso, ascenso y retiro de los docentes etnoeducadores, posterior a la expedición de la sentencia de constitucionalidad C-208 de 2007, la Corte Constitucional ha estudiado en sede de revisión diferentes acciones de tutela impetradas por docentes nombrados en provisionalidad en plazas pertenecientes a comunidades indígenas, señalando que es procedente su nombramiento en propiedad, en aras de generar estabilidad laboral a los docentes, pero recalcando, en búsqueda de la protección de los beneficiarios de la educación étnica.

De esta manera, encontramos que, mediante sentencias T-907 de 2011 y T-801 de 2012, la Corte Constitucional ordenó el nombramiento en carrera de los docentes etnoeducadores accionantes, en la medida que su vinculación hubiera sido en provisionalidad en concertación con las autoridades del resguardo indígena donde prestaban sus servicios; pese a dicha orden, no se ordenó la inscripción en el escalafón nacional docente, atendiendo a que el mismo se encuentra regulado en el Decreto 1278 de 2002, como ya se señaló, no aplicable a estos docentes.

Mediante sentencia T-049 de 2013, reiteró e hizo énfasis en la necesidad de nombrar en propiedad a los docentes que ostentan la calidad de etnoeducadores, en concertación con las comunidades indígenas, señalando que:

> *"la garantía del derecho a acceder a cargos públicos de forma definitiva es de aplicación inmediata y no está sujeta a más condiciones que el cumplimiento de los requisitos existentes al momento en que el ciudadano aspiró a ingresar al cargo". Dijo además la Sala Novena que así se materializa el derecho a la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas; la diversidad e identidad étnica y cultural, y la etnoeducación" conforme el mandato contenido en la sentencia C-208 de 2007.*
>
> *"(a) De un lado, que el Decreto Ley 1278 de 2002 no era aplicable a las comunidades indígenas, en razón a que esta regulación (a) no había sido consultada con las comunidades indígenas y (b) el decreto había omitido incluir una normatividad especial en la materia aplicable a las comunidades indígenas, acorde con sus usos y costumbres.*
>
> *(b) De otro lado, que hasta tanto no se expidiera la normatividad específica, la cual debe ser producto de la concertación y consulta previa con las comunidades indígenas, la elección de los etnoeducadores debía realizarse en concertación con los grupos étnicos, con el lleno de los requisitos que prevé el artículo 62 de la Ley 115 de 1994.*
>
> *(c) Una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, la Corte ha insistido en que a la comunidad indígena y a los docentes les asiste el derecho a que se proceda al nombramiento en propiedad. Lo anterior, como manifestación de la obligación constitucional de reconocer y proteger la diversidad étnica e identidad cultural de las comunidades étnicas y como garantía del derecho a la autonomía de las comunidades indígenas [64]".*

De acuerdo al análisis de las fuentes del derecho a que se ha hecho referencia, para este Despacho resultaba indudable que a los docentes con calidad de etnoeducadores no les aplicaba el Decreto 1278 de 2002; sin embargo, en razón del tiempo trascurrido desde la expedición del precitado decreto (2002) y de la exhortación de la Corte Constitucional (2007) al Congreso de la República para que expidiera la ley especial en la materia, sin que a la fecha lo haya hecho, aproximadamente 18 años y 12 años, respectivamente; además de los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, se hace necesario un nuevo estudio del tema por la posible vulneración de los derechos de este grupo de docentes.

Conforme lo anterior, en primer lugar, se hace forzoso precisar que la Corte Constitucional en Sentencia T-871 de 2013, realizó un recuento normativo respecto al tema de etnoeducadores, y en esta, entre otros aspectos, en síntesis, indicó:

Previo a la expedición de la Constitución Política de 1991, se expidió el Decreto 2277 de 1979, "*Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente*", que se encuentra vigente para los educadores que fueron designados para un cargo docente estatal en propiedad y tomaron posesión del mismo antes de la expedición de la Ley 715 de 2001, decreto que en sus artículos 8 a 10, define lo que se entiende por Escalafón Docente y el sistema de clasificación de los educadores de acuerdo con su preparación académica, experiencia docente y méritos reconocidos (art. 8), los grados que conforman dicho escalafón (art. 9), y la estructura y requisitos para ingreso y ascenso de los educadores titulados a los distintos grados de este (art. 10), artículo último en el cual se definen los títulos conforme los estudios realizados (parágrafo 1°), y cómo se rige el ingreso y ascenso de los educadores no titulados al escalafón (parágrafo 2°), tema que de igual forma es regulado en los artículos 77 y 78 del referido decreto.

Luego, a través del Decreto 85 de 1980, se adicionó el parágrafo 1º del artículo 5 del Decreto 2277, norma que hace referencia a los nombramientos de los docentes, sufriendo una nueva modificación con la expedición del Decreto 258 de 1981, en cuyo artículo noveno y su parágrafo, señala:

> *"Artículo 9º.- Ascenso de educadores sin título. El ascenso de los educadores sin título docente se regirá por lo dispuesto en los artículos 77, 78, 79, 80 y 81 del Decreto Extraordinario 2277 de 1.979. Cuando para obtener el ascenso se requiera de curso de capacitación deberá acreditarse la certificación de los créditos necesarios debidamente refrendada por la Dirección General de Capacitación o por el Centro Experimental Piloto, según el caso.*
>
> *Parágrafo.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 77 y 78 citados, el tiempo de servicio para ascenso posterior a la asimilación deberá cumplirse en el grado anterior".*

Con la Constitución de 1991, se reconoció, en el artículo 68, que *"los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural"*. Asimismo, mediante la Ley 21 de 1991, se aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre pueblos indígenas y tribales, que por versar sobre derechos humanos, hace parte del Bloque de Constitucionalidad[3]. Allí se señala que *"deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados"*[4], medidas que no podrán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados[5] y que deberán serles consultadas *"mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente"*[6], pues el mejoramiento de las condiciones de educación de los pueblos interesados deberá ser prioritario y debe contar con su participación y cooperación[7].

Ulteriormente, como resultado de la consagración constitucional del derecho de los grupos étnicos a tener una educación acorde con sus usos y costumbres y de los mandatos adoptados en la Ley 21 de 1991, se expidió la Ley 115 de 1994, que reguló entre otros temas, la educación para grupos étnicos o etnoeducación[8], en los siguientes términos:

> *"Artículo 62. 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*

3 En virtud del inciso 1 del artículo 93 de la Constitución.
4 Artículo 4, numeral 1 del Convenio 169 de la OIT
5 Artículo 4, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT
6 Artículo 7, literal a del Convenio 169 de la OIT
7 Artículo 7, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT.
8 Ley 115 del 8 de febrero de 1994, "por la cual se expide la Ley General de Educación".

> *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".*

El 21 de diciembre de 2001, el Congreso de la República emitió la Ley 715[9], que en su artículo 111 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República 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"*. En consecuencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 1278 del 2002[10], cuyo objeto es regular las relaciones del Estado con los educadores a su servicio, que aplica para quienes se vinculen, a partir de su entrada en vigencia, a los cargos docentes y directivos docentes, una vez hayan acreditado los requisitos y como consecuencia de haber superado el respectivo concurso de méritos. Esta norma regula lo concerniente a la carrera y escalafón docente, como se puede observar principalmente en sus artículos 16 a 23, resaltando lo establecido en el artículo 19, que textualmente indica:

> *"Artículo 19. Escalafón Docente. Se entiende por Escalafón Docente el sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes estatales de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y competencias, constituyendo los distintos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad demostrada en su labor y permitiendo asignar el correspondiente salario profesional.*
>
> *La idoneidad encierra el conjunto de conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes, rendimiento y valores que se consideran imprescindibles para el desempeño de la función docente".*

Seguidamente, se reglamentaron los concursos que rigen la carrera docente y se determinaron los criterios y procedimientos para su aplicación mediante el Decreto 3238 de 2004[11]. Allí se hicieron las siguientes aclaraciones respecto de los etnoeducadores:

> *"Artículo 1. Ámbito de aplicación. El presente decreto se aplica a los concursos de méritos para seleccionar docentes y directivos docentes para proveer la planta de cargos organizada conjuntamente por la Nación y la entidad territorial para el servicio educativo estatal, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto ley 1278 de 2002.*
>
> *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.*
>
> *Parágrafo. Los concursos para la provisión de cargos necesarios para la prestación del servicio en los establecimientos educativos estatales se realizarán en cada entidad territorial certificada. Los aspirantes seleccionados serán*

9 Ley 715 del 21 de diciembre 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".

10 Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente".

11 "Por el cual se reglamentan los concursos que rigen para la carrera docente y se determinan criterios, contenidos y procedimientos para su aplicación".

> *nombrados en período de prueba en la planta de cargos respectiva, mediante acto administrativo que indique el lugar de trabajo; en todo caso por necesidad del servicio la entidad puede, de manera autónoma, trasladar al docente o directivo docente entre los diferentes establecimientos educativos de su jurisdicción.*
>
> *Para el caso de los docentes y directivos docentes necesarios para la prestación del servicio en los 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 período de prueba, se realizará previa concertación con las comunidades"* (destacamos).

En la ya citada sentencia C-208 de 2007, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del Decreto Ley 1278 de 2002 y llegó a la conclusión de que dicha normativa constituye una omisión legislativa relativa, pues aquella no contempla regulación normativa alguna relacionada con la forma de vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes de las comunidades indígenas, dejando sometido esos asuntos a las reglas y condiciones establecidas para la educación dominante o tradicional, lo cual se traduce, en palabras de la Corte, en el desamparo del derecho a la identidad educativa y cultural. En consecuencia, decretó su inaplicación respecto de los docentes de las comunidades indígenas, dictando una sentencia integradora mediante la cual serían vinculantes las normas contenidas en la Ley 115 de 1994, respecto de aquellos, de manera temporal, mientras se expide el respectivo estatuto.

Con fundamento en lo resuelto por el Máximo Tribunal Constitucional, el Departamento Administrativo de la Función Pública expidió el Decreto 1335 de 2015[12], en el cual se modificó la vinculación de los etnoeducadores en el sentido de pasar de un carácter provisional a uno en propiedad[13].

Ahora, en una nueva demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 1278 de 2002, la Corte Constitucional realizó el examen respectivo, derivando en la sentencia C-666 de 2016, en la cual señaló:

> *"51. En la Sentencia C-208 de 2007, la Corte profirió una decisión mediante la cual integró temporalmente el vacío dejado por la inaplicabilidad del Decreto 1278 de 2002 con los artículos 55 a 63 de la Ley 115 de 1994 y con el Decreto Reglamentario 804 de 1995. Es decir, se trató de una sentencia en la cual la Corte moduló los efectos de su decisión de dos maneras diferentes. Por un lado, llenó el vacío producido con su decisión mediante la integración de normas legales y reglamentarias y por otra parte le dio efectos temporales, aun cuando indeterminados en el tiempo, a su decisión. Es decir, se trató de una sentencia integradora temporal. La Corte integró los artículos 55 a 63 de la Ley 115 de 1994 y el Decreto 804 de 1995 para no generar consecuencias dañinas a los docentes que prestaban sus servicios en los territorios o para los pueblos y comunidades indígenas. Sin embargo, aun cuando la Corte no estableció un*

12 Decreto 1335 del 18 de junio de 2015, "Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1060 de 2015, que establece la remuneración de los servidores públicos etnoeducadores docentes y directivos docentes que atiendan población indígena en territorios indígenas, en los niveles de preescolar, básica, media, y se dictan otras disposiciones de carácter salarial".

13 Decreto 1056 del 4 de abril de 2011, "Por el cual se establece la remuneración de los servidores públicos etnoeducadores docentes y directivos docentes que atiendan población indígena en territorios indígenas, en los niveles de preescolar, básica y media, y se dictan otras disposiciones de carácter salarial" y Decreto 829 del 25 de abril 2012, "Por el cual se establece la remuneración de los servidores públicos etnoeducadores docentes y directivos docentes que atiendan población indígena en territorios indígenas, en los niveles de preescolar, básica y media, y se dictan otras disposiciones de carácter salarial"

término al cabo del cual el Legislador debía llenar el vacío legislativo, tampoco pretendió darle efectos permanentes a esta integración normativa.

52. La integración normativa efectuada por la Corte no pretendió tener carácter permanente, entre otras razones, porque en aquella oportunidad la Corte sostuvo que, conforme a nuestra Constitución Política, el régimen jurídico de los docentes está sujeto a normas con rango de ley. Ante el argumento del Ministerio de Educación, según el cual no había una omisión legislativa relativa respecto de los docentes que prestan sus servicios a los pueblos y comunidades indígenas porque la reglamentación de los concursos en las comunidades étnicas estaba sujeta a la reglamentación mediante decreto del gobierno nacional, la sentencia sostuvo que la materia propia del estatuto docente debe regularse mediante normas con rango de ley: …

53. En esa medida, desde el punto de vista constitucional tampoco resulta la solución más adecuada integrar mediante decretos reglamentarios un vacío normativo en una materia regulada por ley. Sin embargo, en aquella ocasión la Corte lo hizo bajo el entendido de que la integración a través de "las demás normas complementarias" a la Ley 115 de 1994 sería temporal, no permanente. Sin embargo, ello no fue así. Hoy, nueve años después de proferida la Sentencia C-208 de 2007, todavía no se ha creado el estatuto docente para quienes prestan sus servicios a los pueblos y comunidades indígenas, y en sus territorios.

Como el Legislador no cumplió el deber de regular el tema, la ausencia de regulación originó la falta de certeza sobre el Escalafón Docente al cual se deben vincular los educadores indígenas. El problema de la vinculación de los profesores de las comunidades y pueblos indígenas fue resuelto nombrándolos en provisionalidad y no en propiedad, conforme a la Directiva Ministerial 02 de febrero 18 de 2008. Sin embargo, esta decisión afectó derechos fundamentales, pues impidió que los docentes adquirieran la estabilidad laboral propia de los cargos en propiedad. Ello hizo que muchos docentes indígenas interpusieran acciones de tutela para solicitar a los jueces la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, la educación de los niños y a escoger profesión y oficio y, como consecuencia de ello, que les ordenaran a las entidades competentes vincularlos en propiedad.
(…)
55. Por todo lo anterior, en esta ocasión la Corte considera fundamental apartarse parcialmente de la posibilidad de proferir una sentencia integradora para evitar que con su decisión se afecten los derechos fundamentales involucrados y, en especial, los derechos derivados de la estabilidad laboral de los docentes de las comunidades negras.

De adoptar la misma decisión tomada en la Sentencia C-208 de 2007 en relación con los docentes de las comunidades negras, e integrar el vacío normativo con un régimen jurídico precario y a todas luces incompleto, la Corte sometería a los docentes de dichas comunidades a una situación de interinidad en su relación laboral con el Estado. En efecto, el condicionamiento sujeto a la inaplicabilidad del escalafón para los docentes y directivos docentes de las comunidades negras impediría su nombramiento en propiedad, así como sus posibilidades de evaluación y ascenso. Ello ciertamente los sitúa en condiciones de precariedad laboral y los ubica en desventaja frente a los demás docentes del país. Con tal decisión resulta previsible que los docentes que se encuentren en semejante situación interpongan acciones de tutela tendientes a proteger sus derechos fundamentales, tal como ocurrió con las comunidades indígenas. Esta situación, además de vulnerar los derechos individuales de los docentes, sería susceptible de afectar la continuidad y la adecuada prestación del servicio público de educación, y, por lo tanto, los derechos de los estudiantes de las comunidades negras en todo el territorio nacional.

> *56. Las anteriores consecuencias conllevan un detrimento de los derechos de profesores y estudiantes que es desproporcionado frente al beneficio que se pretende obtener mediante la declaratoria de constitucionalidad condicionada. Los efectos de la aplicación del Decreto 1278 de 2002 por un año más a los docentes que prestan sus servicios a las comunidades negras, raizales y palenqueras no suponen daños irremediables para su autonomía e integridad cultural. En cambio, como ya se dijo, sí conllevan un alto grado de incertidumbre respecto de la estabilidad laboral de los docentes y a la continuidad del servicio público de educación a menores de edad.*
>
> *57. Por lo tanto, la Corte se encuentra frente a una situación en la cual ha de preferirse una inconstitucionalidad diferida por encima de una sentencia integradora. En el presente caso, la interpretación normativa conforme a la cual el Decreto 1278 de 2002 es aplicable a los docentes que prestan sus servicios a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y en sus territorios es inconstitucional, pero su expulsión del ordenamiento produce consecuencias también contrarias a la Constitución. Como resultado de esta situación, no es posible que la Corte proteja de manera simultánea los derechos y demás bienes jurídicos constitucionales que se encuentran en tensión en el presente caso. Sin embargo, es necesario adoptar una decisión que tienda a proteger todos estos derechos y bienes jurídicos, sacrificándolos en la menor medida posible. La forma de hacerlo en el presente caso es proteger los distintos bienes jurídico constitucionales de manera secuenciada. Ello supone mantener temporalmente dentro del ordenamiento jurídico la interpretación contraria a la Carta, conforme a la cual el Decreto 1278 de 2002 es aplicable a los docentes y directivos docentes que presten sus servicios a las comunidades negras o dentro de sus territorios, dándole tiempo razonable al Legislador para regular la materia"* (Hemos destacado).

Como puede verse, para la Corte Constitucional, el remedio formulado en la sentencia C-208 de 2007 resultaba insuficiente por causa de la morosidad del legislador, señalando en esta nueva oportunidad que la normativa aplicable de manera temporal correspondía al Decreto 1278 de 2002.

Por su parte, recientemente, en sentencia del 15 de agosto de 2019, proferida dentro de una acción de tutela, el Consejo de Estado[14] consideró, como en su momento también lo hizo la Corte Constitucional, que las medidas que han sido emitidas para proteger debidamente el derecho de los etnoeducadores no han sido eficientes ni eficaces, por tanto determinó:

> *"(…) Es menester tomar otras medidas tendientes a amparar de manera decidida tal circunstancia, pues está de por medio no sólo el derecho fundamental a orientar la educación de los pueblos indígenas con el fin de lograr el pleno respeto de los derechos culturales y lingüísticos, respondiendo a las necesidades de cada pueblo como sujeto de derechos fundamentales, sino a la igualdad, en la manera como se expone a continuación.*
>
> *El derecho a la igualdad está contemplado en el artículo 13 de la Constitución. Ese precepto dispone que todas las personas son iguales ante la ley y, en tal virtud, deben recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades, sin ninguna discriminación. Para tal fin, el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea tanto real como efectiva y adoptará medidas pertinentes en favor de grupos discriminados o marginados.*

14 CONSEJO DE ESTADO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, Bogotá, D.C, quince (15) de agosto de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01291-00(AC)

> *En consecuencia, la Sala, al evidenciar la necesidad de proferir una normativa que permita dar solución a la situación de desigualdad que actualmente se presenta, ordenará al Gobierno Nacional que, en desarrollo del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, inicie el procedimiento de consulta con las comunidades indígenas, con el fin de que, en el término máximo de cuatro (4) años, contados a partir del día siguiente a la notificación de ésta providencia, adelante el trámite que considere pertinente, encaminado a que se expida un estatuto en el que se reglamente la forma de vinculación y ascenso de los etnoeducadores, así como las dignidades o cargos que, de acuerdo con el resultado de la consulta, se consideren acertadas y asimilables a los directivos docentes.*
>
> *El Gobierno Nacional deberá presentar a esta Corporación, a más tardar dentro del mes siguiente a la notificación de la presente providencia, un informe en el que señale el esquema diseñado para cumplir el procedimiento de consulta que se ha ordenado en el párrafo anterior.*
>
> *A su vez, en atención a que la desigualdad alegada se está presentando y con el fin de darle solución temporal, es decir, mientras se profiere la normativa respectiva, la Sala ordenará que a todos los docentes indígenas les sean aplicados los artículos 8 a 11 Decreto 2277 de 1979, en los que se reglamenta lo relativo al escalafón docente. En todo lo demás, de conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional, se aplicará la Ley 115 de 1994 y las normas que la desarrollan"* (Destacamos).

Ese pronunciamiento fue modificado parcialmente por la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 14 de noviembre de 2019, en el siguiente tenor:

> *"i) EXHORTAR al Congreso de la República que dando alcance a la decisión de la Corte Constitucional expida un ordenamiento jurídico que regule las relaciones entre el Estado y los docentes de las comunidades indígenas, con el agotamiento de la consulta previa en los términos y condiciones establecidos en el Convenio 169 de 1989 la OIT.*
>
> *ii) ORDENAR al Gobierno Nacional, por intermedio de los Ministerios del Interior y de Educación Nacional, realizar los procesos de concertación con las comunidades indígenas y, concretamente, con el Resguardo Indígena Yascual y, en coordinación con la Secretaria de Educación del Departamento de Nariño, brindarles a los docentes la formación que requieran para que puedan participar en igualdad de condiciones en los concursos de méritos, ser inscritos en el escalafón docente y obtener ascensos y demás derechos de carrera.*
>
> *iii) ORDENAR la aplicación del Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, de manera transitoria, únicamente a los docentes de la etnia Yascual, siempre y cuando se realice previamente un proceso de concertación que no podrá tener una duración superior a seis (6) meses, contados a partir de la notificación de esta decisión".*

Con base en este amplio marco jurídico pasaremos a resolver el litigio.

3.- Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Como se ha acreditado, el señor FAJARDO FLOR ostenta la calidad de etnoeducador nombrado en propiedad a través del Decreto nro. 06171-07-2013 del 12 de julio de 2013 de la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Cauca, y pretende en esta sede judicial que se ordene su inscripción en el Escalafón Nacional Docente, conforme al Decreto 2277 de 1979, o subsidiariamente, la nivelación salarial conforme a los decretos salariales expedidos para los etnodocentes por el gobierno nacional.

Del otro lado, a través del acto administrativo contenido en el oficio nro. 4.8.2.3-48-764 del 8 de octubre de 2018, y como respuesta a la solicitud por él elevada el 15 de agosto de esa anualidad, la Secretaría de Educación Departamental le negó al citado accionante el derecho a la inscripción y/o ascenso en el Escalafón Docente Nacional del Magisterio regido por el Decreto 2277 de 1979, sustentando la decisión en que la Corte Constitucional mediante sentencia C-208 de 2007 declaró que el legislador había incurrido en una omisión legislativa al no haber consultado con los pueblos indígenas y étnicos ni haber diferenciado un régimen especial para estas comunidades, declarando que el Decreto 1278 de 2002 era exequible siempre y cuando se entendiera que el mismo no era aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración o formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, precisando que hasta tanto el legislador expidiera el estatuto de profesionalización docente que regulara de manera especial la materia, las normas aplicables a los grupos indígenas serían las contenidas en la Ley General de la Educación 115 de 1994 y sus complementarias.

Asimismo, explicó que, si bien es cierto, a los etnoeducadores no le era aplicable el régimen general de carrera de méritos, al acceso, retiro, vinculación ascenso y nombramiento de docentes al servicio de educación a las comunidades indígenas, no era óbice para ser nombrados en propiedad, conforme el artículo 62 de la Ley 115 de 1994. Respecto al ascenso y /o inscripción en el Escalafón Nacional Docente, concluyó que hasta tanto no se expida el Estatuto Docente para las comunidades indígenas y étnicas, no se podía acceder a la inscripción ni ascenso a dicho escalafón, debido a que no gozan de los derechos y garantías de la carrera docente. También consideró que las disposiciones de los Decretos 2277 de 1979 y 1278 de 2002, tampoco le eran aplicables a los etnoeducadores de acuerdo con los argumentos constitucionales expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias emitidas, especialmente la C-208 de 2007.

En este escenario fáctico, pasamos a efectuar el análisis de legalidad del acto administrativo enjuiciado.

El Despacho, atendiendo las razones esbozadas en la sentencia C-208 de 2007, ha venido considerando que los etnoeducadores no tienen posibilidad de ser inscritos en el escalafón nacional docente, por cuanto no existe norma que así lo regule. No obstante, en un estudio más profundo y en el contexto actual, esta jueza encuentra, tal y como en su momento lo halló el Consejo de Estado en las citadas sentencias del 15 de agosto y 14 de noviembre de 2019, que la ausencia de una normatividad especial en materia de vinculación, administración de la carrera docente y formación de los etnoeducadores, implica para estos una vulneración de su derecho a la igualdad.

Y, es que, a pesar de tener certeza de la omisión legislativa relativa en que incurrió el ejecutivo cuando expidió el Decreto Ley 1278 de 2002, y de la exhortación efectuada por la Corte Constitucional hace ya aproximadamente 12 años, aún las autoridades competentes no han proferido las normas especiales que gobiernen la inscripción en el escalafón para el personal de los grupos étnicos, impidiéndole a estos acceder a los beneficios que comporta el escalafón docente, como ocurre con el salario y las prestaciones sociales, entre otros, que les posibilita lograr objetivos en materia laboral, profesional y personal.

De manera que, la medida adoptada en la plurimencionada sentencia C-208 de 2007, consistente en aplicar el artículo 62 de la Ley 115 de 1994 y las demás normas complementarias, fue adecuada y pertinente, empero, la morosidad en la materialización de dicha orden por parte del legislador, ha repercutido negativamente en la esfera laboral y profesional de los etnodocentes, toda vez que no han podido tener acceso y ser inscritos en el Escalafón Nacional Docente.

Como se indicó, al legislador ordinario o extraordinario le corresponde expedir un estatuto de profesionalización que regule la forma de vinculación de los etnodocentes estatales y todo lo relacionado con la administración de la carrera, su permanencia, promoción y ascenso, no obstante, han transcurrido más de tres quinquenios de la expedición del último estatuto docente, sin que tal regulación especial haya sido expedida.

Precisamente, el trascurso del tiempo sin una solución definitiva, llevó a la misma Corte, en la sentencia C-666 de 2016, a considerar la aplicación temporal del Decreto 1278 de 2002, que, para esta jueza, es la medida procedente en virtud del principio de igualdad, hasta tanto el legislador agote su competencia en la materia. Pese a lo anterior, esta autoridad judicial encuentra conflicto entre las pretensiones de la demanda y el concepto de violación de las normas invocadas como infringidas, pues en virtud del principio de justicia rogada corresponde resolver el asunto de forma congruente con lo solicitado, debidamente sustentado y probado por la parte actora.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional traída a colación en esta providencia ha sido enfática al señalar que no resulta aplicable a los etnodocentes el Decreto 2277 de 1979, y en el caso de autos con mayor razón si se tiene en cuenta que el señor CESAR IVAN FAJARDO FLOR ingresó al servicio educativo con posterioridad a la vigencia de la Ley 715 de 2001, esto es, en el año 2004 en provisionalidad, y en el año 2013 en propiedad, de tal modo que la pretensión principal es improcedente, sin que pueda esta jueza ordenar la aplicación del Decreto 1278 de 2002 porque no fue una pretensión de la demanda, ni al respecto se erigió el concepto de violación.

Es necesario acotar que, incluso en la solicitud de inscripción y/o ascenso en el Escalafón Docente Nacional del Magisterio que aquel presentó en el año 2018 y que generó el acto administrativo enjuiciado, la petición se limitó a que dicha situación administrativa del docente fuera regida, exclusivamente, por el Decreto 2277 de 1979, es decir la vía administrativa fue agotada, únicamente frente a esta.

Ahora, en cuanto a la pretensión subsidiaria *"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"* y respecto de la cual solicitó:

> *"… condenar al Departamento del Cauca- Secretaría 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.*
>
> *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 posgrado.*

Condenar a la entidad accionada a realizar la reliquidación de sus prestaciones sociales con base a la nueva asignación. ...".

Consideramos que dicha pretensión subsidiaria, además de ser abstracta, el apoderado de la parte accionante no desplegó ningún esfuerzo argumentativo para sustentar tal *petitum*, pues todo el concepto de violación estuvo encaminado únicamente a lograr la aplicación del Decreto 2277 de 1979, circunstancia que igualmente se verifica con el agotamiento de la vía administrativa, en la cual no se elevó solicitud en esos términos.

Respecto del carácter rogado de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional en la sentencia SU-061 de 2018, puntualizó:

"6.1.1. La jurisdicción de lo contencioso administrativo funciona bajo el principio de justicia rogada. Ello significa que, por regla general, el operador jurídico no puede actuar de manera oficiosa, sino que su actividad se desarrolla respecto de los cargos que los ciudadanos plantean en ejercicio de las acciones constitucionales y legales que han sido previstas por el Legislador. En otras palabras, le compete al administrado iniciar, impulsar y tramitar las actuaciones judiciales que le permitan defender sus pretensiones[15]. De ahí que, este principio tenga dos implicaciones significativas. La primera, la imposibilidad de iniciar de oficio un trámite judicial, pues se entiende que la persona interesada en reclamarle a la Administración la ocurrencia de un daño antijurídico, tiene la carga procesal de presentar la demanda, exponiendo con suficiencia las razones que le sirven de fundamento a sus pretensiones. Por consiguiente, el A quo no puede, al momento de tramitar y decidir de fondo el asunto, rebasar el marco de la relación jurídico procesal trabada por las partes.

La segunda involucra, la imposibilidad del fallador para iniciar de oficio el trámite de apelación, ya que son los sujetos procesales involucrados en la causa los que tienen el deber de sustentar los motivos de su inconformidad. Así visto, la competencia del juez de alzada se restringe a los cargos que fueron formulados por las partes a través del recurso de apelación[16].

…

6.1.4. No obstante lo anterior, sin que implique el desconocimiento del carácter rogado de la jurisdicción administrativa, ni el relevo de cargas procesales previstas por la ley a las partes, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado, han indicado que existen circunstancias excepcionales donde la aplicación rigurosa de las reglas que desarrollan el principio de justicia rogada produce una evidente incompatibilidad entre la decisión judicial y el ordenamiento jurídico. En otras palabras, el principio de justicia rogada no puede significar un límite a la labor interpretativa del juez, cuando su aplicación al caso concreto restringe, de forma evidente y desproporcionada, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2), la prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo (art. 228) y el acceso a la administración de justicia (art. 229), según ha reiterado esta Corporación.

6.1.5. A través de las Sentencias C-197 de 1999[17], C-415 de 2012[18] y T-553 de 2012[19], por ejemplo, la Corte Constitucional ha sostenido que deberá

---

15 *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de 23 de julio de 1996; Sección Quinta, Sentencia del 20 de enero de 2006.
16 *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencias T-553 de 2012 y T-398 de 2017.
17 En esta providencia la Corte decidió la exequibilidad del numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, *"bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución"*.
18 En esta oportunidad, el tribunal declaró la exequibilidad del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, que establece la facultad del Consejo de Estado para proferir las decisiones, en el marco de los procesos de nulidad por inconstitucionalidad, con fundamento en la

valorarse la aplicación del principio de justicia rogada cuando, en el caso específico (i) la interpretación que se haga de ella, desconozca la protección efectiva que se establece en la Constitución Política para los derechos fundamentales de aplicación inmediata (art. 85) o, (ii) se evidencie una absoluta incompatibilidad con mandatos previstos en el Texto Superior. De hecho, se ha estimado que, aun cuando no resulta irrazonable ni desproporcionado que el Legislador haya impuesto al demandante la carga procesal de impulsar el trámite judicial, las normas recogidas en la Constitución Política han transformado la manera de entender el carácter rogado de la jurisdicción administrativa, en el sentido de que, a partir de la Carta Fundamental, se reafirma el principio de supremacía de la Constitución sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico y la prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo.

6.1.6. Asimismo, el Consejo de Estado ha expresado que el juez administrativo está en el deber de interpretar la relación jurídico procesal trabada por las partes y no simplemente aplicar el principio de justicia rogada cuando: (i) la falta de técnica jurídica le impide comprender con suficiencia algunos de los presupuestos relevantes que orientan su labor en el proceso[20]; (ii) la aplicación estricta de este principio desconozca normas o principios consagrados en la Constitución Política; (iii) deje por fuera el cumplimiento de compromisos asumidos por el Estado colombiano en materia de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y, por último, (iv) en la resolución del caso concreto, aun aplicándose normas procesales pertinentes, se ignoran otras disposiciones jurídicas relevantes para la adopción de una adecuada decisión[21]. …".

De modo que, el principio de justicia rogada, que tiene fundamento en la presunción de legalidad de los actos administrativos al tenor del artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, impide, como regla general, que el funcionario judicial realice análisis jurídicos de carácter oficioso, pues corresponde al administrado exponer con suficiencia las razones que le sirven de fundamento a sus pretensiones. Empero, este principio cede en situaciones excepcionales, de las cuales, no se observa que se configure alguna en este asunto, y, por tanto, no hay lugar a realizar un abordaje jurídico oficioso.

Al margen de lo anterior, en el Decreto nro. 06171-07-2013 del 12 de julio de 2013, con el cual la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Cauca nombró en propiedad al accionante en la Planta Global de Cargos del departamento del Cauca, para desempañar la función en el municipio de Morales, se lee en el artículo segundo:

"PARÁGRAFO PRIMERO: 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.

PARÁGRAFO SEGUNDO: los docentes etnoeducadores nombrados en propiedad mediante el presente acto administrativo en cumplimiento de una orden judicial NO serán inscritos en el escalafón docente, por la inexistencia de normatividad aplicable

---

violación de cualquier norma constitucional. Lo anterior, en la medida que dicha disposición normativa reafirma los principios de supremacía e integridad del Texto Superior, consagrados en los artículos 4 y 241 de la Constitución Política.

19 A través de esta sentencia, el Tribunal amparó los derechos fundamentales de la parte actora, al considerar que la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, de revocar la sentencia de primera instancia aduciendo una afectación al principio de justicia rogada, porque no se alegó la falta de motivación del acto administrativo de insubsistencia, produjo un defecto sustantivo por la omisión en la aplicación de normas constitucionales y legales relevantes, así como del precedente judicial que resuelve integralmente el caso.

20 *Cfr.,* Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 20 de enero de 2006.

21 *Cfr.,* Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 9 de febrero de 2012 y 11 de septiembre de 2013.

para tal situación, de acuerdo a lo establecido por la Honorable corte constitucional (sic) mediante la sentencia C 208 de 2007".

Desprendiéndose que, desde el acto administrativo de nombramiento en propiedad se indicó que el etnoeducador devengaría conforme a la normativa salarial correspondiente a la naturaleza de su cargo y denominación, que es precisamente lo solicitado en forma subsidiaria en la demanda[22], sin que se encuentre probado en el expediente que se ha omitido tal disposición.

En conclusión, se negarán las pretensiones de la demanda en razón a que el Decreto 2277 de 1979 no resulta aplicable a los etnodocentes.

3.- COSTAS DEL PROCESO.

No se condenará en costas a la parte demandante, toda vez que, aunque no prosperaron las pretensiones de la demanda, existe una omisión legislativa consistente en la ausencia de un régimen especial que gobierne la inscripción en el escalafón docente nacional de los etnodocentes, que conllevó a incoar el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, por la razón expuesta en esta providencia.

TERCERO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso y el artículo 8 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020.

CUARTO: En firme esta providencia, archívese el expediente. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La Jueza,

22 Ante la no prosperidad de la pretensión de inscripción en el Escalafón Docente, solicitó, en forma subsidiaria, 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.

Firmado Por:

ZULDERY RIVERA ANGULO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 ADMINISTRATIVO POPAYAN

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
3c79ba41607d51378e2f7b95b574ecf98fb58751ef230a32c04e9e67b1fd97ba
Documento generado en 28/09/2020 05:06:57 p.m.