



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Teléfono 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veintiséis (26) de marzo de 2021

Expediente: 19-001-33-33-008-2018-00184-00
Demandante: GERSEY DURAN CANO
Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y DEPARTAMENTO DEL CAUCA
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 063

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.

El señor GERSEY DURÁN CANO, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el DEPARTAMENTO DEL CAUCA, tendiente a obtener la nulidad de los actos administrativos Resolución nro. 11951 de noviembre de 2017, Oficio nro. 4.8.2.3-48-066 de 29 de enero de 2018 y el acto ficto o presunto generado por la falta de respuesta del recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho solicita se reconozca y pague el ascenso o reubicación salarial en el grado y/o nivel 2A, a partir del 1. ° de enero de 2016, por haber aprobado la evaluación con carácter diagnóstico formativa en la modalidad de curso de formación; asimismo, se reconozca los ajustes conforme al IPC; se condene al pago de intereses, costas y agencias en derecho.

Como supuestos fácticos se plantea, que el señor Gersey Durán Cano viene prestando los servicios de docente, escalafonado bajo el mandato del Decreto Ley 1278 de 2002, y lo era para el 7 de mayo de 2015, fecha en que FECODE y el Gobierno Nacional firmaron acta de acuerdos de concertación de evaluación con carácter diagnóstico formativa, en la modalidad de cursos de formación, para todos los docentes que no hubieran podido ascender o reclasificar en el escalafón pese a haber presentado diferentes evaluaciones.

Que el señor Durán Cano aprobó en su integralidad la mencionada evaluación, sin embargo, al solicitar el ascenso al grado 2A, se dispuso que los efectos fiscales del mismo serían desde el 25 de septiembre de 2017 y no a partir del 1. ° de enero de 2016, como afirma tener derecho.

Se citan como normas vulneradas de orden constitucional los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122. Y de orden legal el Decreto Nacional 1751 de 2016, Acta de Acuerdo MEN-FECODE de 7 de mayo de 2015, Acta de acuerdo Comité de Implementación de la E.C.D.F.- MEN y FECODE de 17 de agosto de 2016.

Como concepto de violación de las normas referidas, señala que los actos administrativos se encuentran afectados de nulidad, por la causal de falsa motivación, puesto que, conforme los acuerdos entre FECODE y el Ministerio de Educación, una vez superadas las etapas de la evaluación, el ascenso o reclasificación debía tener los efectos fiscales a partir del 1. ° de enero de 2016, es decir, que dicho acuerdo otorgó una retroactividad a esa fecha, independientemente de que se supere en la etapa de la evaluación por competencias o en el curso de formación, pues aclara, que, es un solo procedimiento, desarrollado en diferentes etapas, por tanto, las entidades desconocieron el mencionado acuerdo.

Solicita la inaplicación del inciso 4 del artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1757 de 2015, por vía de excepción de ilegalidad, argumentando que esta norma no hizo parte de los acuerdos sostenidos entre FECODE y el Ministerio de Educación Nacional y, por tanto, no es procedente su aplicación al accionante.

En el escrito de contestación de las excepciones y en la etapa de alegatos de conclusión, se sostuvo el apoderado en las pretensiones de la demanda, señalando que el señor Gersey Durán Cano tiene derecho a que su reubicación salarial en el grado 2A se realice a partir del 1.º de enero de 2016, conforme los acuerdos sostenidos entre FECODE y el Gobierno Nacional.

1.2.- Postura y argumentos de defensa de las entidades accionadas.

1.2.1.- Del departamento del Cauca.

Esta entidad territorial, a través de mandatario judicial se opuso a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, conforme al Decreto 1075 de 2015, adicionado por el Decreto 1757 de 2015, al señor Gersey Durán Cano se le reconoció su ascenso y efectos fiscales en el grado 2, Nivel Salarial A, a partir del momento en que presentó el certificado de formación de los cursos de formación, esto es, 25 de septiembre de 2017, ya que no superó la evaluación diagnóstica formativa; por tanto, los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a la normativa vigente.

Propuso las excepciones de: “Inexistencia de causal de nulidad respecto de los actos administrativos demandados”, “Falta de integración de litisconsorcio necesario” y la “excepción innominada o genérica”.

Guardó silencio en la oportunidad para presentar alegatos de conclusión.

1.2.2.- De la Comisión Nacional del Servicio Civil.

La defensa técnica de esta entidad oportunamente contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, señalando que carecen de fundamento jurídico y sustento probatorio, puesto que, al señor Gersey Durán Cano se le aplicaron las normas vigentes establecidas para el ascenso y reubicación salarial, conforme la evaluación diagnóstica formativa, esto es, el Decreto Ley 1278 de 2002 y el Decreto 1757 de 2015.

Que no existe manifestación vinculante de las competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como tampoco vicios que generen nulidad de los actos expedidos. Asimismo, que esta entidad no es la nominadora del accionante, puesto que el vínculo laboral lo tiene con el departamento del Cauca.

Propuso las excepciones de: “Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones”, “No comprender la demanda todos los litisconsorcios necesarios”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Caducidad”, “Estricta legalidad de los actos administrativos demandados”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación”, “Cobro de lo no debido”, y la “Excepción genérica o innominada”.

Guardó silencio en la oportunidad para presentar alegatos de conclusión.

1.3.- Concepto del Ministerio Público.

La delegada del Ministerio Público ante este Despacho no rindió concepto es este asunto.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Cuestión previa.

Como se señaló en precedencia, se dio inicio y se tramitó la presente demanda para la declaratoria de nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución nro. 11951 de noviembre de 2017, Oficio nro. 4.8.2.3-48-066 de 29 de enero de 2018 y el acto ficto o

presunto generado por la falta de resolución del recurso de apelación; sin embargo, la Comisión Nacional del Servicio Civil y el departamento del Cauca allegaron copia de la Resolución nro. CNSC 2018000062195 de 21 de junio de 2018, mediante la cual se desató el recurso de apelación y se confirmó la Resolución nro. 11951, aclarando que se surtió el trámite legal establecido para la notificación de tal acto, y al no ser posible la notificación personal, se debió notificar por aviso tal y como consta en el expediente administrativo allegado por el departamento del Cauca.

De esta manera, se considera necesario vincular al estudio de legalidad, la mencionada Resolución expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que resolvió el recurso de apelación presentado por el señor Gersey Durán Cano, considerando que dicho acto administrativo fue expedido y notificado antes de la notificación de la demanda, actuación que se surtió el 20 de marzo de 2019.

Esta decisión no vulnera los derechos de defensa y contradicción de las entidades demandadas, teniendo en cuenta que tenían conocimiento de su existencia e hizo parte de los argumentos de su contestación.

2.2.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad.

Por la cuantía de las pretensiones y el último lugar de prestación del servicio del docente, este Juzgado es competente para conocer del asunto, en primera instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 138, 155-2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011.

Teniendo en cuenta que se solicitó en la demanda la nulidad de un acto administrativo ficto o presunto, no está sujeto al término de caducidad de conformidad con el numeral 1. °, literal d) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011. Ahora bien, si se tuviera en cuenta los cuatro meses para la presentación de la demanda, posterior a la notificación de la Resolución nro. CNSC 2018000062195 de 21 de junio de 2018, debe señalarse que el medio de control fue impetrado previo a la expedición de este acto administrativo, por lo cual, igualmente se considera, no se configura el fenómeno de la caducidad.

2.3.- Problema jurídico.

Corresponde determinar si hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos Resolución nro. 11951 de noviembre de 2017, el Oficio nro. 4.8.2.3-48-066 de 29 de enero de 2018 y la Resolución nro. CNSC 2018000062195 de 21 de junio de 2018, y, en consecuencia, si hay lugar a ordenar el reconocimiento de los efectos fiscales del ascenso del señor Gersey Durán Cano, en el Grado 2, Nivel salarial A, desde el 1. ° de enero de 2016.

2.4.- Tesis.

El despacho negará las pretensiones de la demanda, considerando que el señor Gersey Durán Cano no tiene derecho a que los efectos fiscales de la reubicación salarial en el grado 2A sean reconocidos a partir del 1. ° de enero de 2016, al no haber superado a esa fecha la evaluación con carácter diagnóstico formativa.

El fundamento de la tesis planteada se expondrá analizando: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco jurídico, y (iii) Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

2.5.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado dentro del proceso.

Vinculación laboral del señor Gersey Durán Cano con el departamento del Cauca.

- ❖ Mediante Resolución nro. 09407 de 8 de octubre de 2010 se ordenó la inscripción del señor Gersey Durán Cano, en el grado 1A del Escalafón Nacional Docente.

- ❖ La secretaría de educación del departamento del Cauca lo nombró en periodo de prueba mediante Resolución nro. 0922 de 30 de diciembre de 2008, en el cargo de docente, en el colegio Ana Josefa Morales Duque del municipio de Santander de Quilichao.
- ❖ A través de Resolución nro. 00039 de 7 de enero de 2010 fue nombrado en propiedad en el cargo de docente en el nivel básico primaria en el colegio Ana Josefa Morales Duque del municipio de Santander de Quilichao.
- ❖ El señor Gersey Durán Cano, acreditó lo siguiente, con su hoja de vida:
 - Se graduó como Normalista Superior en la Institución Educativa Escuela Normal Superior “Jorge Isaac” del municipio de Roldanillo, Valle, el 17 de diciembre de 2005.
 - Es licenciado en Educación Básica con énfasis en Ciencias Naturales y Educación Ambiental, de la Universidad del Magdalena, graduado el 12 de diciembre de 2012.
 - Asistió y aprobó el curso *“La práctica pedagógica como eje articulador de la Formación de Educadores, desarrollado entre abril y agosto de 2017, con una duración de 144 horas y tres (3) créditos académicos, en el marco de la Evaluación con Carácter Diagnóstico Formativa”*, en la Universidad del Valle – Instituto de Educación y Pedagogía; obteniendo un puntaje de 89,7 como requisito para el ascenso o reubicación salarial, con base en certificación expedida el 11 de septiembre de 2017.
 - Se graduó como Técnico Laboral en Sistemas en el Instituto Técnico Superior, el 23 de diciembre de 2005.
 - Obra documento denominado evaluación anual de desempeño laboral protocolo para la evaluación docente, con el cual se acredita que el señor Gersey Duran Cano obtuvo los siguientes puntajes:
 - ✓ Año escolar 2010, puntaje de 95,8.
 - ✓ Año escolar 2011, puntaje de 96,4.
 - ✓ Año escolar 2012, puntaje de 84,6.
 - ✓ Año escolar 2013, puntaje de 88,0.
 - ✓ Año escolar 2014, puntaje de 93,7.
 - ✓ Año escolar 2015, puntaje de 90,0.
 - ✓ Año escolar 2016, puntaje de 85,9.

 Actuación administrativa adelantada por el señor Gersey Durán Cano.

- ❖ El señor Gersey Durán Cano, el 25 de septiembre de 2017, presentó ante la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Cauca, certificado de aprobación del Curso de Formación Docente Evaluación con carácter Diagnóstico formativa.
- ❖ Obra Resolución nro. 11951 de 16 de noviembre de 2017, mediante la cual, la Secretaría de Educación del departamento del Cauca dispuso ascender al educador al grado y nivel salarial 2A; señalando que los efectos fiscales de la decisión serían a partir del 25 de septiembre de 2017.
- ❖ El 25 de diciembre de 2017 el señor Durán Cano presentó recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la anterior decisión, que fue resuelto en primera instancia a través del Oficio nro. 4.8.2.3-48-066 de 29 de enero de 2018 por el profesional universitario escalafón del departamento del Cauca, confirmando la fecha en que surte efectos fiscales el ascenso del docente.

- ❖ El 25 de mayo de 2018 la Comisión Nacional del Servicio Civil recibió el recurso de apelación presentado en contra de la Resolución nro. 11951 de 16 de noviembre de 2017, el cual resolvió por medio de la Resolución nro. CNSC-2018000062195 de 21 de junio de 2018, confirmando la decisión recurrida.

SEGUNDA: Marco jurídico.

De acuerdo con los supuestos fácticos expuestos en la demanda, se hace necesario abordar los siguientes aspectos jurídicos.

a). - La presunción de legalidad del acto administrativo.

La Ley 1437 de 2011, señala:

"Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)".

Razonamiento que ha efectuado el Consejo de Estado durante la vigencia del entonces Código Contencioso Administrativo y en la actualidad¹:

"Mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decreta la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y como ya lo preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso administrativo al disponer que "los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Tal presunción no es de derecho, admite prueba en contrario, es decir, puede desvirtuarse dicha presunción ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para que los actos administrativos sean retirados del ordenamiento jurídico, argumentando la ocurrencia de alguna de las causales consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

De acuerdo con lo anterior, se estudiará si los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad y si tiene derecho el señor Gersey Durán Cano a que su ascenso en el escalafón nacional docente y reubicación laboral en el grado 2A tenga efectos jurídicos a partir del 1.º de enero de 2016.

b). - Ascenso en el Escalafón Nacional Docente- Decreto Ley 1278 de 2002.

El Decreto Ley 1278 de 2002, norma bajo la cual fue nombrado el señor Gersey Durán Cano e inscrito en el Escalafón Nacional Docente, en su artículo 19 y siguientes, refiere:

"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".

¹ CONSEJO DE ESTADO. CP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de 2012, Radicación número: 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358).

"ARTÍCULO 20. Estructura del Escalafón Docente. El Escalafón Docente estará conformado por tres (3) grados. Los grados se establecen con base en formación académica. Cada grado estará compuesto por cuatro (4) niveles salariales (A-B-C-D).

Quienes superen el período de prueba se ubicarán en el Nivel Salarial A del correspondiente grado, según el título académico que acrediten; pudiendo ser reubicados en el nivel siguiente o ascender de grado, después de tres (3) años de servicio, siempre y cuando obtengan en la respectiva evaluación de competencias el puntaje indicado para ello, según lo dispuesto en el artículo 36 del presente decreto".

*"ARTÍCULO 21. Requisitos para inscripción y ascenso en el Escalafón Docente. Establécense los siguientes requisitos para la inscripción y ascenso de los docentes o directivos docentes estatales en los distintos grados del Escalafón Docente:
(...)*

Parágrafo. Quien reúna los requisitos de los Grados Dos o Tres puede aspirar a inscribirse directamente a uno de éstos grados, previa superación de la evaluación del período de prueba.

Una vez inscrito, se considera ascenso pasar de un grado a otro dentro del Escalafón Docente, previa acreditación de requisitos y superación de las correspondientes evaluaciones de desempeño y de competencias, y existencia de disponibilidad presupuestal".

Por su parte, con relación a la evaluación de desempeño, el artículo 26 de la mencionada norma señala que la carrera docente está ligada a la permanente evaluación, en aras de que los docentes mantengan su idoneidad, calidad y eficiencia que justifiquen su permanencia en el cargo; asimismo, estableció en cabeza del Gobierno Nacional la competencia para reglamentar el sistema de evaluación.

El artículo 27 señala que existen 3 tipos de evaluación:

"ARTÍCULO 27. Tipos de evaluación: Existirán por lo menos los siguientes tipos de evaluación:

- a. Evaluación de período de prueba.*
- b. Evaluación ordinaria periódica de desempeño anual.*
- c. Evaluación de competencias".*

Para el presente asunto, se busca la reubicación salarial del señor Gersey Durán Cano, y, por ello, la evaluación a aplicar es la evaluación de competencias, la cual, conforme al artículo 35, se trata de una herramienta que evalúa la *"persona causalmente relacionada con su desempeño y actuación exitosa en un puesto de trabajo"*.

Dicha evaluación debe realizarse por la correspondiente entidad territorial, cuando lo considere conveniente y sin que transcurran más de 6 años entre una y otra, los docentes participarán de ella de manera voluntaria, y definirá el ascenso de un grado a otro, o en un mismo grado para cambiar de nivel², para ello, se debe obtener como calificación más del 80 %³.

Ulteriormente, se expidió el Decreto 1075 de 26 de mayo de 2015 *"Único Reglamentario del Sector Educación"*, reglamentando la evaluación para ascenso de grado y reubicación laboral para los educadores que no lograron el ascenso de grado o la reubicación en un nivel salarial superior entre los años 2010 – 2014, norma que, a su vez, fue adicionada por el Decreto Nacional 1757 de 1. ° de septiembre de 2015⁴, con ocasión de pliego de peticiones presentado por FECODE al Gobierno Nacional y del Acta de Acuerdos del 7 de mayo de 2015.

² Artículo 35 del Decreto Ley 1278 de 2002

³ Artículo 36 Decreto Ley 1278 de 2002

⁴ Por el cual se adiciona el Decreto 1075 de 2015 y se reglamenta parcial y transitoriamente el Decreto Ley 1278 de 2002, en materia de evaluación para ascenso de grado y reubicación de nivel salarial que se aplicará a los educadores que participaron en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 y no lograron el ascenso o la reubicación salarial en cualquiera de los grados del Escalafón Docente.

De esta manera, el objeto del Decreto 1757 de 2015 fue reglamentar transitoriamente la evaluación referida en el artículo 35 del Decreto Ley 1278 de 2002, a la cual se hizo mención, que sería aplicada a los educadores que entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso de grado o la reubicación en un nivel salarial superior, y tendría carácter diagnóstico formativa, permitiendo el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial, de la siguiente manera:

"(...) Artículo 2.4.1.4.5.3. Características de la evaluación. La evaluación prevista en la presente Sección es de carácter diagnóstica formativa, por lo que valorará la práctica educativa, pedagógica, didáctica y de aula. La aprobación de esta evaluación permitirá el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial en los términos que se consagran en los artículos siguientes. (...)".

Artículo 2.4.1.4.5.8. Etapas del proceso. El proceso de evaluación de carácter diagnóstica formativa de que trata el presente Decreto, comprende las siguientes etapas:

- 1. Convocatoria y divulgación de la evaluación.*
- 2. Inscripción.*
- 3. Acreditación del cumplimiento de requisitos.*
- 4. Realización del proceso de evaluación.*
- 5. Divulgación de los resultados.*
- 6. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación.*
- 7. Inscripción y desarrollo de los cursos de formación.*
- 8. Reporte de los resultados de los cursos de formación.*
- 9. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación. (...)".*

Artículo 2.4.1.4.5.11. Resultados y procedimiento. La entidad territorial certificada publicará en su sitio Web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 Ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días, a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar. (...)

A partir de la publicación de la lista de candidatos, la entidad territorial certificada cuenta con quince (15) días para expedir el acto administrativo de reubicación salarial dentro del mismo grado o de ascenso de grado en el Escalafón Docente, según el caso, siempre y cuando estén acreditados todos los requisitos establecidos para el efecto en la presente Sección.

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de la fecha de la publicación de la lista de candidatos, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente Sección. (...)".

Ahora bien, respecto de los docentes que no superaron la citada evaluación de carácter diagnóstica formativa, el mencionado Decreto 1757, dispuso:

"ARTÍCULO 2.4.1.4.5.12. Cursos de formación. Los docentes que no hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en la presente Sección, deberán adelantar alguno de los cursos de formación que ofrezcan universidades acreditadas institucionalmente y/o que cuenten con facultades de educación de reconocida trayectoria e idoneidad, de conformidad con los parámetros establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y siempre que cuenten con la respectiva aprobación de éste. (...)

Estos cursos tendrán como propósito fundamental solucionar las falencias detectadas en la evaluación de carácter diagnóstica formativa. Con la aprobación del respectivo curso por parte del docente, en los términos del numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002, la entidad territorial certificada en educación procederá al ascenso o la reubicación de nivel salarial de acuerdo con lo establecido en la presente Sección.

La reubicación salarial o el ascenso de grado en el Escalafón Docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del inciso anterior, surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para ser reubicado o ascendido según lo establecido en la presente Sección. (...)".

Luego, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1657 de 21 de octubre de 2016⁵, con ocasión del pliego de condiciones presentado por FECODE, estableciendo entre otros temas, las etapas del proceso, el resultado y procedimiento de la citada Evaluación. Veamos:

"ARTÍCULO 2.4.1.4.3.1. Etapas del proceso. El proceso de evaluación de que trata las anteriores secciones del presente capítulo, comprende las siguientes etapas:

- 1. Convocatoria y divulgación de la evaluación.*
- 2. Inscripción.*
- 3. Acreditación del cumplimiento de requisitos.*
- 4. Realización del proceso de evaluación.*
- 5. Divulgación de los resultados.*
- 6. Atención a reclamaciones.*
- 7. Publicación y comunicación a las entidades territoriales certificadas en educación de los listados definitivos de los educadores que deben ser ascendidos o reubicados.*
- 8. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación".*

Posteriormente, el Decreto 1751 de 3 de noviembre de 2016, por el cual se modificó el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015, se expidió solo para modificar lo referido con resultados y procedimiento de la Evaluación, señalando sobre los efectos fiscales del reconocimiento de la reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente, a partir del 1° de enero de 2016, siempre que hubieran superado la evaluación de carácter diagnóstica y cumpliera los requisitos para dicha reubicación o ascenso, establecidos en la misma norma.

Conforme el marco jurídico traído a colación para desatar el litigio, encontramos que para lograr el ascenso en el grado o en la reubicación salarial de los docentes regidos por el Decreto Ley 1278 de 2002, que no hubieran logrado entre los años 2010 a 2014, superar alguna de las evaluaciones con carácter diagnóstica formativa, pueden presentarse 2 supuestos:

- Los docentes inscritos para ascender en el grado y/o en la reubicación salarial, que participaron y superaron la Evaluación con Carácter Diagnóstico Formativa, con un porcentaje superior al 80 % en la evaluación de competencias, el ascenso o reubicación, tendría efectos retroactivos a partir del 1. ° de enero de 2016.
- Y los docentes inscritos para ascender en el grado y/o en la reubicación salarial, que participaron y NO superaron la Evaluación con Carácter Diagnóstico Formativa, debían realizar un curso de formación; y los efectos fiscales del ascenso o reubicación serían a partir de la fecha en que el educador radicara la certificación de aprobación del curso ante la entidad territorial nominadora, pues es en esa fecha cumpliría con los requisitos dispuestos.

TERCERA: Juicio de legalidad de los actos administrativos demandados.

Se pretende a favor del señor Gersey Durán Cano, el reconocimiento y pago del ascenso y reubicación salarial en el grado 2A, a partir del 1. ° de enero de 2016. Para ello, se acepta que el docente no superó la evaluación con carácter diagnóstico formativa, pero se aclara que sí superó el curso de formación establecido por el Gobierno Nacional, de modo que, aunque cumplió los requisitos de manera posterior, en los términos de los acuerdos establecidos por FECODE y el Gobierno Nacional, dicho ascenso se debe hacer retroactivo a esa fecha porque se trata de un mismo proceso de evaluación desarrollado en diferentes etapas.

⁵ Por el cual se modifica el Decreto número 1075 de 2015, en materia de evaluación para ascenso de grado y reubicación de nivel salarial de los docentes que se rigen por el Decreto-ley 1278 de 2002 y se dictan otras disposiciones.

En la otra orilla, la defensa técnica de las entidades demandadas sostienen que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, fueron expedidos de conformidad con la normativa vigente al caso concreto del señor Durán Cano, puesto que, de acuerdo a la reglamentación del ascenso en el escalafón docente establecido en el Decreto Ley 1278 de 2002, los efectos fiscales de tal ascenso y reubicación cuando se superó el concurso en etapa posterior, esto es, cuando aprobó el curso de formación, surten, desde el momento en que se acredita la aprobación del curso.

En este contexto pasaremos a decidir.

Del análisis del material probatorio que obra en el expediente, encontramos que el señor Durán Cano fue nombrado en propiedad en el cargo de docente del nivel básica primaria, mediante Resolución nro. 00039 de 7 de enero de 2010, al haber superado el periodo de prueba, ordenándose, además, la inscripción en el Escalafón Nacional Docente en el grado 1A.

Como se afirma en la demanda, hecho que es aceptado por el departamento del Cauca, en el periodo 2010 a 2014, pese a haberse presentado a evaluación de carácter diagnóstico formativa, el señor Durán Cano no logró ascenso o reubicación laboral alguna. Por lo que, quedó habilitado para presentarse nuevamente a dicha evaluación conforme al mandato contenido en el Decreto 1075 de 26 de mayo de 2015, reglamentado por el Decreto 1757 de 2015.

Valga precisar, que, aunque no obre prueba en el expediente de la convocatoria y etapas del concurso adelantado en el departamento del Cauca, es un hecho aceptado por las partes que el señor Durán Cano participó del mismo y no aprobó la evaluación de competencias, razón por la cual, debió realizar el curso de formación, aprobándolo el 11 de septiembre de 2017, según certificado expedido por la Universidad del Valle, documento que puso en conocimiento de la entidad nominadora el 25 de septiembre de 2017.

Por esta razón, conforme al marco jurídico al cual se ha hecho referencia, los efectos fiscales del ascenso y reubicación laboral, en principio se surtirían desde el 25 de septiembre de 2017, conforme se estableció en el artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1757 de 2015, tal y como fue señalado por el departamento del Cauca y la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los actos administrativos enjuiciados.

A pesar de lo anterior, se solicita en la demanda *inaplicar por ilegal* dicho artículo, teniendo en cuenta que esa no fue la decisión pactada entre FECODE y el Gobierno Nacional en las actas de acuerdos de 7 de mayo de 2015 y de 17 de agosto de 2016. De manera que, a continuación, haremos referencia a las decisiones tomadas y que constan en tales documentos.

Inicialmente se levantó acta de acuerdo de 7 de mayo de 2015⁶, estableciendo para los docentes que no lograron ascender o reclasificarse en el escalafón, pese a haber presentado varias evaluaciones de carácter diagnóstico, lo siguiente:

"1. ESCALAFON Y EVALUACION DE DOCENTES QUE NO HAN LOGRADO EL ASCENSO DE GRADO O LA REUBICACION SALARIAL.

(...)

Este proceso de reinscripción o actualización en el escalafón docente tendrá como criterios básicos los siguientes:

1. Se basará en una evaluación de carácter diagnóstico formativo efectuada por pares. Dicha evaluación deberá basarse preponderantemente en la observación de videos de clases entregados por los docentes candidatos al ascenso o reubicación, y en la evaluación entre docentes. La definición de los criterios de dicha evaluación, así como el instrumento para aplicarla se realizará por una comisión conformada por el Ministerio de Educación Nacional, FECODE y facultades de educación de reconocida idoneidad. Quienes aprueben esta evaluación adquieren el derecho a la reinscripción o actualización en el escalafón docente, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el decreto reglamentario, acorde a su título.

⁶ <https://www.adebogota.org/pdf/actafecode2015.pdf>

2. Los educadores que no aprueben la evaluación diagnóstica formativa, deberán tomar cursos de capacitación, diseñados por facultades de educación de reconocida idoneidad y aprobados por el Ministerio de Educación, tendientes a solucionar las falencias detectadas en los resultados de esta evaluación. Con la certificación del respectivo curso se procederá a la reinscripción o actualización del escalafón.

3. La aplicación de esta evaluación diagnóstico formativa deberá convocarse de manera prioritaria para aquellos docentes que a la fecha no hayan logrado el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial. La primera evaluación diagnóstica formativa se realizará la tercera semana de septiembre de 2015. (...)”.

2. EVALUACION DIAGNOSTICO FORMATIVA COMO REQUISITO DE ASCENSO Y REUBICACION PARA LOS DOCENTES DEL ESTATUTO 1278.

En adelante, y mientras se consensua un Estatuto Único Docente, los educadores cobijados por el estatuto 1278 de 2002 deberán presentar la evaluación diagnóstico formativa descrita en el numeral anterior, de conformidad con los criterios que acuerde la comisión integrada para tal fin por el Ministerio de Educación, FECODE y facultades de educación de reconocida idoneidad. El Ministerio de Educación deberá suministrar retroalimentación oportuna y completa a todos los docentes que presenten esta evaluación, cuyos resultados deben servir para la definición de planes de formación y mejoramiento. Si el docente no la aprueba podrá presentarla nuevamente en la siguiente convocatoria, incluso, si esta se realiza en el mismo periodo anual.

Esta evaluación deberá convocarse al menos anualmente en correspondencia con la reglamentación que se expida (...)”. (Hemos destacado).

De esta manera, de la lectura del acta de acuerdos, es claro para el despacho que se establecieron dos grupos de docentes: (i) quienes superaran la evaluación por competencias y (ii) quienes debieron presentar curso de formación al no haber superado dicha evaluación.

El señor Durán Cano, como se señaló anteriormente, se encuentra en el grupo que no superó la evaluación con carácter diagnóstico formativa y debió adelantar curso de formación. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte actora, en este acuerdo elevado en acta no se establece fecha de efectos fiscales para el ascenso, sea para los docentes que superaron la evaluación, como tampoco para quienes debieron adelantar el curso de formación, por no haber superado tal evaluación.

Posteriormente, se expidió acta conforme a la reunión de seguimiento del Comité de Implementación de la Evaluación con Carácter Diagnóstico Formativa, suscrita por el Gobierno Nacional y FECODE el 17 de agosto de 2016⁷, la cual, respecto de dicha evaluación, señaló:

"6. Los actos administrativos que asciendan o reubiquen a los docentes que hayan superado la ECDF, se expedirán con efectos fiscales desde la fecha en que queden en firme según la normatividad vigente.

7. El Ministerio de Educación Nacional cumplirá el acuerdo pactado con FECODE de expedir el decreto de retroactividad a 1º de enero de 2016, para los docentes que aprobaron la ECDF.

8. Los cursos de formación se dividirán por cohortes de acuerdo con las fechas de publicación de los resultados de la evaluación con carácter diagnóstico formativa.
(...)

14. Los docentes que hagan reclamaciones no podrán ingresar a los cursos de formación hasta tanto su situación no se resuelva...”.

Nótese que en el numeral 7 del Acta, se hace referencia única y exclusivamente al grupo de docentes que aprobaron la evaluación de competencias, de lo cual se infiere que dicha retroactividad no resulta aplicable a los educadores que debieron adelantar el curso de formación.

⁷ <https://www.fecode.edu.co/images/ecdf/ACTA%20MEN%20FECODE%20ECDF.pdf>

Con base en lo expuesto, se desprende que el curso de formación fue creado como mecanismo SUBSIDIARIO habilitante y TRANSITORIO para el ascenso o reubicación del nivel salarial cuando no se ha superado la evaluación con carácter diagnóstica, por tanto, no puede darse un trato igualitario entre quienes aprobaron la evaluación y quienes tuvieron que recurrir al curso de formación por no haberse superado dicha evaluación, puesto que como se expuso, son dos supuestos de hecho regulados de manera distinta, sin que pueda considerarse la vulneración del derecho a la igualdad y el principio de la condición más favorable al trabajador, pues el último supuesto fue creado por el Gobierno Nacional como una oportunidad para superar las falencias presentadas por el educador en su evaluación por competencias.

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera que los actos administrativos demandados fueron expedidos conforme las normas que rigen el proceso de ascenso y reubicación salarial de los docentes cobijados por el Decreto 1278 de 2002 y sus reglamentarios, sin que pueda considerarse que se incumplieron los acuerdos pactados entre el Gobierno Nacional y FECODE, pues los mismos sirvieron de base para la expedición de los decretos reglamentarios.

Ahora, en cuanto a la figura de la inaplicación por ilegalidad e inconstitucionalidad, encontramos que mediante sentencia SU- 132 de 2013, la Corte Constitucional, señaló:

"Es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales". En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la constitución política".

La parte accionante refiere que esta excepción se configura por el desconocimiento de los acuerdos a los que llegó el Gobierno Nacional y FECODE, que sirvieron de base para la expedición de los decretos que reglamentaron el tema de la evaluación con carácter diagnóstica formativa para los docentes que se vincularon en vigencia del Decreto 1278 de 2002 y no ascendieron o se reubicaron salarialmente en el periodo 2010 a 2014.

Empero, no es procedente aplicar la excepción por ilegalidad del Decreto 1757 de 2015 en el caso del señor Durán Cano, ya que dicha reglamentación no se considera contraria a las normas de mayor jerarquía, esto es, la Constitución y la Ley, no se advierte vulneradora de los acuerdos pactados entre el Gobierno Nacional y FECODE, puesto que, conforme a la parte motiva de los decretos que reglamentaron el citado proceso de evaluación para el ascenso y reubicación salarial, tuvieron como base tales acuerdos, los cuales a su vez, como se vio, establecían supuestos distintos, según se aprobara en primera instancia la evaluación o requiriera hacer el curso de formación para lograr el ascenso y/o la reubicación salarial.

Comoquiera que el señor Gersey Durán Cano no superó la evaluación de competencias, debió desarrollar el curso de formación, caso en el cual, los efectos fiscales de su ascenso y reubicación en el grado 2A debían surtir a partir de la fecha en que se pusiera en conocimiento de la entidad nominadora la aprobación de dicho curso de formación, es decir, el 25 de septiembre de 2017, por tanto, los actos administrativos demandados acataron el mandato contenido en el Decreto Ley 1278 de 2002 y en el artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1757 de 2015.

Al margen de lo anterior, debemos señalar que conforme se establece en el artículo 167 del estatuto procesal general, a las partes les incumbe la carga de probar los supuestos de hecho sobre los cuales erigen sus pretensiones, sin embargo, en este asunto la parte actora no aportó ningún documento, ni refirió ningún sitio web donde conste de manera expresa y clara la voluntad del Gobierno de reconocer el ascenso y reubicación salarial con retroactividad al 1.º de enero de 2016 para aquellos educadores que debieron adelantar el

curso de formación por no haber superado la evaluación de competencias en el periodo 2010-2014.

En conclusión, no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos enjuiciados, considerando que se ajustan al ordenamiento jurídico referido al trámite de ascenso y reubicación salarial de los docentes, bajo el marco del Decreto Ley 1278 de 2002, en tal sentido, se declararán probadas las excepciones de estricta legalidad de los actos administrativos demandados, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la Comisión Nacional del Servicio Civil; y la excepción de inexistencia de causal de nulidad respecto de los actos administrativos demandados, propuesta por el departamento del Cauca, en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

3.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CGP.

Además, en los términos del artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó esta disposición normativa, la condena en costas se dispondrá cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, lo que no ha ocurrido en el presente caso, de manera que no hay lugar a imponerlas.

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: DECLARAR probadas las excepciones de estricta legalidad de los actos administrativos demandados, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por la defensa técnica de la Comisión Nacional del Servicio Civil; y la excepción de inexistencia de causal de nulidad respecto de los actos administrativos demandados, propuesta la defensa técnica del departamento del Cauca, por lo expuesto.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: No se condena en costas.

CUARTO: 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 52 de la Ley 2080 de 2021.

QUINTO: ARCHIVAR el expediente previa cancelación de su radicación, una vez esté ejecutoriada esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza



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

Sentencia NREDE núm. 063 de 26 de marzo de 2021
Expediente: 19-001-33-33-008-2018-00184-00
Accionante: GERSEY DURAN CANO
Demandado: C.N.S.C. Y DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Código de verificación:

b8ab1202edd42f651e38afa7d603738c4cd358b6b53b5572a72de05f2851c539

Documento generado en 26/03/2021 10:05:43 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>