



570

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja, veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Demandante: Diana Consuelo Mendoza Gil
Demandado : Departamento de Boyacá
Radicación : 150013333011201300115-00
Medio : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por Diana Consuelo Mendoza Gil, contra el Departamento de Boyacá.

Previamente es del caso advertir que, si bien es cierto, se encuentra pendiente de resolver recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó la práctica de una prueba, el cual fue proferido el 18 de junio de 2014 (Cuaderno de apelación de auto), ello no constituye óbice para proferir el fallo de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 del CGP, el cual señala que “*en caso de apelación de la sentencia el superior decidirá en ésta todas las apelaciones contra autos que estuvieren pendientes cuando fuere posible*”.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la señora Diana Consuelo Mendoza Gil, a través de apoderada judicial y acorde con el escrito de sustitución de demanda (f. 50 s. y 142 s.), solicita que se declare la nulidad del Decreto 0075 de 2013, expedido por el Gobernador de Boyacá, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad que tenía la demandante.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la Entidad accionada a reintegrar a la actora al cargo que desempeñaba o a otro de igual o mayor categoría y que se condene el reconocimiento y pago de las sumas correspondientes a sueldos, aumentos salariales, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha del retiro y hasta la fecha del reintegro. Así mismo que se imponga a la accionada a reconocer y pagar con destino al sistema de seguridad social, los respectivos aportes y se declare que para todos los efectos legales, no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio.

Finalmente, que las sumas reconocidas sean actualizadas con base en el IPC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA; que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 ibídem y se condene en costas a la parte demandada.

2. Hechos

La apoderada de la parte actora refiere que a través de Decreto 0352 de 28 de abril de 2004, la demandante fue vinculada en provisionalidad como docente en la institución Educativa Técnica Santa Cruz de Motavita y que entre los años 2004 y 2010 tuvo a cargo las asignaturas de Zootecnia, Construcciones Rurales, Proyectos Productivos; que en 2011 dictó Zootecnia, Construcciones Rurales, Proyectos Productivos y Cultivos Agrícolas y que para 2012 le asignaron Emprenderismo y Religión.

Refiere que a través del Decreto 00075 de 2013, expedido por el Gobernador de Boyacá, se dio por terminado el nombramiento, de la actora y que desde la fecha del nombramiento hasta el retiro, la docente cumplió con las funciones asignadas sin tener llamados de atención ni investigaciones disciplinarias.

Luego de transcribir apartes del acto acusado, afirma que al desconocerse los documentos a que se hizo alusión en el mismo, la demandante se vio obligada, mediante derecho de petición formulado al rector CIRO ANTONIO FONSECA CANO del 24 de junio de 2013, a solicitar que se le remitiera copia

571

auténtica de las actas del Consejo Directivo, Consejo Académico y otros, donde se hiciera referencia a la restructuración del plan de estudio que dio lugar a su desvinculación y que en respuesta a la petición, solamente se remitió copia simple del Acta No. 008 de 5 de diciembre de 2012 y un folio del plan de estudio del año 2013, sin que de tales elementos se pueda deducir el denominado cambio de perfil “...según el cual se entiende es con base en el cual se le desvincula...” (f. 144).

Manifiesta que con ocasión a la restructuración del plan de estudios, se aumentó el número de horas en áreas como ciencias naturales y educación ambiental y aduce que era viable que la docente dictara materias como química y física, las cuales eran acordes con su perfil profesional, pues la carga académica lo permitía, además que para suplir la necesidad del servicio en el área de ciencias naturales se encargó a un docente con perfil de ingeniería de sistemas.

Expresa que desde el año 2009 la especialidad de la Institución Educativa cambió de agropecuaria a informática y que a pesar de ello, la accionante siguió prestando sus servicios, incluso en áreas no tan acordes con su perfil, como ocurrió en el año 2012 cuando dictó religión y emprendimiento.

Afirma que el Rector del Centro Educativo, desde el mes de octubre de 2012, le advirtió a la accionante que debía buscar trabajo para el año siguiente dado que se le iba a dar por terminado su nombramiento, “...ello por un incidente laboral ocurrido el 16 de agosto de 2012, con la también docente LUZ MERCEDES GALÁN JIMÉNEZ, que implicó agresión física motivo por el cual mi representada tuvo que acudir a COLOMBIANA DE SALUD por consulta prioritaria para ser atendida por el trauma sufrido...” (f. 145). Agrega que la situación presentada, “...al parecer hacía imposible la situación de convivencia...” (f. 54) y que no se iba a desvincular a la otra docente, ya que era de carrera administrativa, haciéndose entonces efectiva la amenaza con el retiro de la actora.

Afirma que luego del cambio del plan de estudio que dio origen al retiro de la demandante, el Rector de la Institución Educativa, solicitó el nombramiento de un docente en el área de español y otro en el de matemáticas, pero que la

Secretaría de Educación de Boyacá, no autorizó el cambio de perfiles por improcedente, ante lo cual el citado Rector pidió el nombramiento de dos (2) ingenieros de sistemas para la modalidad de informática, actos que evidencian la improvisación para la expedición del plan de estudio. Agrega que meses después de la desvinculación de la actora, se hizo otra modificación al plan de estudio, por recomendación de la Secretaría de Educación.

3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

Afirma que para que un acto de desvinculación se considere motivado debe explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones del retiro, lo cual no se observa en el acto enjuiciado, con lo cual se viola el artículo 1º de la Carta Política. Aduce que aunque la parte motiva del Decreto enjuiciado se señaló que el rector remitió el informe requerido sobre el cambio al plan de estudios, debió permitirse a la actora, conocer el aludido requerimiento y el plan de estudio y reproducir el contenido de dichos documentos o soportes en el cuerpo del acto, para dar a entender y enterar a la docente, las razones del retiro.

Expresa que la falta de motivación del acto, obligó a la accionante a indagar a través de derecho de petición, sobre las razones de su retiro, debiendo deducir el fundamento de la decisión, sin poder lograr una comprensión de las razones del retiro y encontrando, por el contrario, que podría justificarse la necesidad de su servicio, habida cuenta que se ampliaron las horas en áreas afines con su perfil.

Aduce que la documentación remitida en respuesta a la petición no deja entrever motivación alguna del porqué de la desvinculación, “...pues el mismo no expresa razón alguna para ello, sino en todo caso refiere es una orden para que el funcionario competente dentro de sus funciones proceda a hacer los actos administrativos de desvinculación...” (f. 149), sin que ello constituya motivación alguna, vulnerando los preceptos normativos aducidos por la Corte Constitucional en la sentencia T-1240 de 2004, frente a la exigencia de expresar de forma clara, detallada y precisa, las razones del retiro. Seguidamente cita la sentencia SU-917 de 2010.

Agrega que la falta de motivación es evidente, pues como se verá, el juez no podrá contar con la suficiente información para discernir si el acto se ajusta o no

572

a la legalidad, dada la carencia de razones de hecho y de derecho en que se sustenta, circunstancia que llevará al operador de justicia a buscar los citados memoriales a que se hacen referencia en el acto.

Sostiene que lo anterior viola además el derecho fundamental al debido proceso, pues acorde con lo expuesto en sentencia T-222 de 2005, la fundamentación de los actos debe ser explícita, para que el afectado pueda controvertir las razones que llevaron al nominador a su desvinculación y que por tal razón, al carecer el acto de la debida fundamentación, se vulnera la citada garantía fundamental y el derecho de acceso a la administración de justicia, *“...pues como aquí ocurrió mi representada se vio obligada, mediante derecho de petición a tratar de encontrar la motivación del mismo...”* (f. 151).

Insiste que el plan de estudio allegado como respuesta a la petición de la accionante, no vislumbra que se haya efectuado justificación o consideración alguna para realizar las modificaciones y que por el contrario es evidente la violación al artículo 79 de la Ley 115 de 1994, según el cual se debe establecer los objetivos por niveles, grados y áreas, la metodología, distribución del tiempo y criterios de evaluación y administración, de acuerdo con el Proyecto Educativo Institucional. Agrega que si se señala, de manera general, que la restructuración del plan fue el que dio lugar al cambio de perfil de los docentes, no se puede establecer cuál análisis o justificación dio lugar a dichos cambios, más cuando en mayo de 2013 se volvió a cambiar el plan de estudio.

Estima como violados los artículos 79 de la Ley 115 de 1994 y 13 del Decreto 1278 de 2002 y agrega que la única causal para prescindir de los servicios de la docente era la provisión del empleo a través del respectivo concurso y no la desaparición de la necesidad del servicio, la cual en todo caso no había desaparecido, pues la accionante hacía parte de la planta global, sin que se hubiere evaluado la posibilidad que la accionante prestara el servicio en otra institución.

Explica que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, la motivación de los actos es requisito de su esencia y que en tratándose de la desvinculación de servidores, tal decisión debe obedecer al principio de razón suficiente, esto es, que deben existir motivos fundados para

que la administración prescinda de los servicios de su funcionaria, pues la ausencia de motivación específica lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa.

Manifiesta que existe desviación de poder, la cual se puede demostrar a través de pruebas indirectas, como el incidente que se suscitó con la otra docente, pues a partir de allí surgió una restructuración del plan de estudio, la cual se adelantó de forma improvisada y sin el cumplimiento de los preceptos legales, al punto que meses después fue cambiada nuevamente, denotando una total falta de planeación.

Concluye que la desviación de poder es evidente pues de un momento a otro se restructuró el plan de estudio, se dijo que se cambiaba el perfil de la docente cuando la misma venía dictando incluso materias que no eran tan acordes con su perfil y por el contrario se aumentan las horas en las materias que sí podía dictar, asignándose tal carga a docentes con perfiles que no son acordes, además que el acto de retiro no evidencia las razones o justificación alguna explícita, que haga alusión al desaparecimiento de la necesidad del servicio. Agrega que todo lo anterior evidencia que los fines buscados fueron distintos a los perseguidos por la ley.

4. Contestación de la demanda

La apoderada judicial de la parte accionada contestó la demanda en los siguientes términos (f. 177 s.):

Manifiesta que el acto demandado cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en cuanto refiere que deben estar motivados, es decir, manifestar de manera clara, precisa y detallada las razones por las cuales la administración da por terminado un nombramiento provisional, pues la motivación de este tipo de actos constituye una manifestación del debido proceso.

Aduce que no es cierto que la accionante haya sido docente en materias distintas a las que había sido asignada por la Secretaría de Educación y la Institución Educativa y que las razones de la terminación del nombramiento

están contenidas en el acto demandado, además que fueron conocidas por la docente al momento de la notificación.

Frente al concepto de violación, expresa que aunque el nombramiento de la docente supone una relativa estabilidad laboral, dicha estabilidad es precaria, por tratarse de la designación de una persona no seleccionada por el sistema de méritos y que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 115 de 1994 y el Decreto 1278 de 2002, únicamente pueden ser nombrados como educadores o funcionarios administrativos de la educación, quienes previo concurso, hayan sido seleccionados y acrediten los requisitos legales.

Luego de hacer referencia a las razones que dieron lugar al nombramiento de la docente en el año 2004, refiere que a través de Acta 008 de 5 de diciembre de 2012, expedida por el Consejo Directivo de la Institución Educativa Técnica Santa Cruz de Motavita, se aprobó el plan de estudios para el año 2013, el cual no previó carga académica para las áreas pecuaria, zootecnia o medicina veterinaria. Agrega que por tal razón, el perfil de la docente ya no era requerido por la Institución Educativa, de manera que al no requerirse el servicio prestado por la docente, era preciso retirarla.

Refiere que para la desvinculación de un empleado provisional, a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, se debe proceder mediante acto motivado, pues tal facultad no se puede ejercer a través de acto discrecional y que en el presente caso, el retiro se dio con fundamento en la modificación realizada al plan de estudios, en el cual se cambió el perfil de los docentes de las áreas técnicas, pasando de Médico Veterinario y Zootecnia a Tecnología e Informática, *“...el cual fue aprobado por la Secretaría de Educación, solicitud que es atendida por la Dirección Administrativa que mediante oficio de 8 de febrero de 2013, remite dicho cuadro para que se proceda a la elaboración de terminación de las respectivas provisionalidades...”* (f. 184-185).

Explica que por tratarse de áreas técnicas, que requieren de perfiles específicos, que a su vez dependen de la formación o modalidad de la Institución Educativa, no ha sido posible adelantar el proceso de concurso público, razón por la cual en este caso, no podría terminarse el nombramiento como consecuencia de la realización del concurso.

Señala que son tan ciertas las razones o motivaciones expuestas en el acto de retiro, que no fueron debatidas en sede administrativa, pues en contra del Decreto procedía el recurso de reposición, el cual no fue presentado. Agrega que si la accionante no conocía las razones del retiro, pudo hacer uso del recurso para que se le resolvieran las inquietudes manifestadas en los hechos de la demanda.

5. Alegatos de conclusión

Corrido el traslado para alegar (f. 533 vto.), las partes presentaron alegatos en los siguientes términos:

5.1. Departamento de Boyacá

Refiere la apoderada que la Institución Educativa Técnica Santa Cruz de Motavita, venía ofreciendo la especialidad agropecuaria desde el año 2005 y que en el año 2008 presentó a la Secretaría de Educación de Boyacá, un proyecto para la implementación de la especialidad de informática, el cual fue autorizado mediante Oficio AM-3/33 de 2 de febrero de 2009, año el que se procede a la división de alumnos del grado décimo en un grupo de informática y otro en el área de agropecuarias. Aclara que el precitado cambio significó la disminución del número de horas semanales en el grupo de agropecuaria y un aumento en el de informática.

Relata que para el año 2010 los estudiantes de los grados décimo (10) y once (11) se distribuyeron en las dos (2) especialidades previamente citadas, situación que nuevamente incidió en la disminución de las horas semanales en las áreas agropecuarias, lo cual conllevó al retiro del docente Luis Francisco Santamaría y al nombramiento de un ingeniero de sistemas como nuevo docente, dado que el Consejo Directivo tomó la determinación de suprimir la especialidad de agropecuarias para el año 2011, ofreciendo únicamente la especialidad de sistemas.

Expresa que para el año 2012 se le asignó a la docente hoy demandante, diez (10) horas de clase de emprendimiento y doce (12) de religión, las cuáles no eran afines con sus títulos de formación académica y que en diciembre de 2012 el Consejo Directivo determinó aprobar la modificación del plan de estudios para el año 2013, desapareciendo el área de emprendimiento, razón por la cual ya no se requería de los servicios de la docente en la Institución Educativa, pues las áreas agropecuarias habían sido suprimidas años atrás.

Agrega que al no haberse asignado carga a la docente, el Rector entregó el informe solicitado en la Circular 003 de 2013, poniendo el excedente, ante lo cual la Directora Administrativa de la Secretaría de Educación de Boyacá, a través de nota interna de 8 de febrero de 2013, remitió el cuadro de excedentes y solicitó la elaboración de los actos administrativos tendientes a terminar los respectivos nombramientos provisionales, entre los cuales se encuentra la demandante.

Sostiene que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, a los funcionarios provisionales los rodea un doble fuero de inestabilidad, pues por no pertenecer a la carrera pueden ser retirados por la administración, a través de acto motivado, además que el hecho de ser designados por un determinado tiempo no significa que la persona designada tenga estabilidad durante todo el lapso señalado.

Concluye que el retiro de la demandante obedeció a razones inherentes a la necesidad del servicio público, pues al no necesitarse se registró como excedente del servicio educativo, siendo imposible su continuidad.

5.2. Parte actora

Luego de hacer alusión a los hechos que originaron la demanda, señala que luego de surtido el trámite procesal quedó clara y probada la nulidad del acto enjuiciado, pues el acto de desvinculación por sí solo no permite responder a las siguientes preguntas: “...¿Qué tipo de plan de estudio fue realizado que dio lugar a su cambio de perfil? ¿Por qué del mismo se infiere que ya no se requiere su servicio? ¿Por qué el nuevo plan de estudio no le permite dictar áreas acordes con su profesión? ¿Por qué ahora se le desvincula si desde el año 2009 la

modalidad más acorde con el perfil de ella había sido cambiada?...” (f. 547). Agrega que el acto administrativo debió dar cuenta de las explicaciones y razones a tales interrogantes por sí solo, pues no se trata de un acto administrativo complejo, de manera que se desconoció el derecho a que el acto fuera debidamente motivado.

Insiste que la actora pertenecía a la planta global y que no se evaluó que el servicio podía prestarse en otra institución del Departamento, “...como debió haber sido para que se argumentara entonces adecuadamente la falta del servicio o la necesidad del mismo...” (f. 548).

Afirma que, con la Resolución de Asignación Académica de 15 de enero de 2013, se demostró que existían áreas en las que la demandante podía dictar, las cuales fueron asignadas a perfiles de docentes no acordes con sus áreas de enseñanza. Agrega que en la diligencia de pruebas se dejó constancia sobre el error en la certificación allegada por la rectora, frente a las personas que habían dictado tales áreas.

Expone que del testimonio del señor Ciro Antonio Fonseca Cano, Rector de la Institución Educativa, no se pueden entender las razones que sirvieron de fundamento para cambiar el plan de estudio y el cambio de perfil, así como tampoco se dio a entender por qué la docente, aunque aparentemente no tenía carga docente, dictaba en áreas como emprendimiento y religión.

Luego de transcribir apartes del testimonio, afirma que en el acta que contiene la aprobación del plan de estudios, la cual obra en el proceso, no quedó constancia alguna de los análisis y demás razones a que hace alusión el testigo, para llevar a cabo la modificación y que en los documentos que conforman el expediente no hay ninguno que haga referencia a un adecuado estudio que sirviera de sustento a la modificación del Plan. Agrega que las respuestas del Rector, evidencian precariedad en la realización del plan, además que tampoco clarificó porqué para unas áreas si es obligatorio el perfil pero para otras no.

Expresa que, del relato del citado testigo, se puede concluir de manera clara, que el estudio no cumplió con las exigencias y parámetros legales,

además que su dicho no logró explicar por qué a un docente con el perfil de diseñador industrial y a otro con el de ingeniero de sistemas, se les asignan cinco (5) horas de ciencias naturales a cada uno, cuando tales materias no corresponden entre sí, conductas que repercuten en el desmejoramiento del servicio. Agrega que el perfil de la accionante es más afín con dicha área de conocimiento.

Arguye que el Acta No. 002 de 18 de enero de 2012, suscrita por el Consejo Directivo de la Institución, demuestra el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 115 de 1994, además que el testimonio del precitado Rector, vislumbra la inaplicación y desconocimiento de la norma precitada. Agrega que el aludido plan de estudio por si solo da cuenta de la falta de ello, pues no se efectuaron los nombramientos durante los años 2013 ni 2014, además que pocos meses después de la desvinculación de la docente se tuvo que hacer un nuevo cambio, como se probó con el acta 003 de 6 de mayo de 2013, demostrándose así la improvisación en la expedición del acto.

Concluye que se logró probar que la restructuración del plan de estudio se dio sin previo estudio técnico, el cual además implicó un aumento de horas en áreas en las que la demandante podía dictar clases, asignándose carga a docentes con perfiles incompatibles pretendiendo de manera injustificada ni razón explícita, aparentar un desaparecimiento de la necesidad del servicio.

Expresa que aunque el Rector está facultado para distribuir asignaciones académicas y participar en la definición de perfiles de los funcionarios, dicha competencia debe ejercerse atendiendo a lo dispuesto en la Ley 115 de 1994 y no como se hizo en la Resolución No. 002 de 15 de enero de 2013, a través de la cual solamente se indicó que la accionante no se le asigna carga académica.

Insiste que la accionante pertenecía a una planta global y que el Departamento no evaluó el servicio para establecer si podía prestarse en otra Institución Educativa. En lo demás reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

II. CONSIDERACIONES

Surtido del trámite legal del proceso y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

1. Problema jurídico

Se contrae a establecer la legalidad de la actuación administrativa que determinó el retiro del cargo de la accionante, quien ocupaba un empleo de carrera docente, en provisionalidad.

2. De los cargos de violación

Vista la demanda, observa el Despacho que la controversia gira en torno a los siguientes conceptos de violación: **i)** Falta de motivación del acto y violación del principio de razón suficiente; **ii)** desconocimiento del artículo 79 de la Ley 115 de 1994 y falta de estudios previos; **iii)** Necesidad del servicio; **iv)**; Desviación de poder; **v)** Desmejoramiento del servicio.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2.1. De la falta de motivación y la violación al principio de razón suficiente

Sostiene la parte actora que el acto enjuiciado carece de motivación, pues no enseña las razones de su retiro, razón por la cual se quebrantan los derechos fundamentales al debido proceso, el derecho de defensa y el principio de razón suficiente. Agrega que la accionante desconoce las razones de su retiro y que aunque elevó petición para solicitar la documentación en que se sustenta el acto, tales elementos tampoco evidencian las razones, con lo cual se desconoce lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-222 de 2005, según la cual, la fundamentación de los actos debe ser explícita.

Para desatar el cargo de violación, lo primero que ha de señalarse es que visto el acto administrativo el mismo se encuentra motivado, razón que de entrada permite rechazar la argumentación expuesta por la parte demandante, cuando refiere que existe falta de motivación. Es así como la parte considerativa del Decreto 000075 de 19 de febrero de 2013 expuso:

“...Que mediante Decreto 0352 del 28 de abril de 2004, se nombra provisionalmente a DIANA CONSUELO MENDOZA GIL, identificada con la cédula de ciudadanía 40.398.707, como DOCENTE del NIVEL de SECUNDARIA Y MEDIA del ÁREA TÉCNICA – PECUARIAS, asignándose a prestar sus servicios en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA TÉCNICA SANTA CRUZ del municipio de MOTAVITA.

Que el Decreto 00352 del 28 de abril de 2004, establece que el nombramiento provisional queda sujeto a la existencia de la necesidad del servicio que dio origen a su nombramiento y se dará por terminada por la provisión de la necesidad a través de concurso público de méritos, o por el traslado de un Docente en propiedad.

Que mediante Requerimiento No. 2013PQR3054 del 24 de enero de 2013, el Rector de la Institución Educativa Técnica Santa Cruz del municipio de Motavita, remite informe solicitado en la circular No. 003, que sobre el Plan de Estudio realizado se dio origen al cambio de perfil de los docentes de las Áreas de Médico Veterinario y Zootecnia y Tecnología e Informática.

Que mediante Nota Interna de fecha 08 de febrero de 2013, la Dirección Administrativa indica textualmente ‘...Adjunto a la presente cuadro relación docentes excedentes, a fin que se proceda a la elaboración de los actos administrativos de terminación de las provisionalidades respectivas...’, dentro de la cual figura la docente DIANA CONSUELO MENDOZA GIL.

Que el Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación como Ente Territorial certificado en materia educativa, debe garantizar la prestación del servicio educativo en condiciones normales de calidad, eficiencia y equidad...” (f. 35).

Para el Despacho es claro que el retiro de la docente tuvo su origen en el cambio del Plan de Estudio de la Institución Educativa y en el cambio de los perfiles de los docentes, pues así lo señaló en forma expresa el cuerpo del acto administrativo demandado, de manera que no es de recibo el argumento expuesto por la parte demandante, cuando afirma que la motivación del acto no es clara ni expresa, pues a pesar que las conclusiones, recomendaciones y/o resultados arrojados por dichos estudios no fueron expresamente señalados en el cuerpo del acto, si hacen parte de la motivación del mismo.

En criterio del Despacho, el hecho que el plan de estudio o el contenido de los distintos documentos que dieron origen a la modificación de los perfiles no se hayan plasmado en el acto, no implica una violación al derecho fundamental al debido proceso, pues cómo lo ha señalado la jurisprudencia, incluso en casos de supresión de cargos por reestructuración administrativa, “...la circunstancia de que no se haya mencionado el estudio técnico no hace insuficiente la motivación del acuerdo de retiro y, por lo tanto, no afecta su validez...”.¹ Al respecto señaló el Consejo de Estado:

“...Si bien en la motivación del acuerdo acusado no se hizo mención al estudio técnico, tal circunstancia no afecta su expedición pues dicho acto se encuentra debidamente motivado en el acápite ‘CONSIDERANDO...’. La Sala rechazará el cargo formulado porque la administración, al expedir los actos acusados, dio cumplimiento al Decreto 1572 de 1998, artículo 148, según el cual las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán fundarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución. La motivación fue suficiente, así no se haya mencionado expresamente el estudio técnico, porque con ella se le permitió al administrado identificar con precisión las razones de su retiro para, como ocurrió en el presente caso, encaminar adecuadamente la impugnación judicial de los actos que lo desvincularon...”²

Así entonces, se encuentra desvirtuado el dicho de la parte actora, pues está suficientemente demostrado que el Decreto 000075 de 2013 se encuentra debidamente motivado, pues como se expuso, **la desvinculación de la accionante se sustentó en la modificación del plan de estudios y el cambio de los perfiles de los docentes**, de manera que hasta este punto está satisfecho el requisito legal contenido en el artículo 41 de la Ley 909 de 2002, del cual se colige que la facultad para retirar a un empleado que no pertenece a carrera y que ha sido vinculado en un cargo de tal carácter es reglada, por lo que para ejercerla deben mediar los requisitos que para el efecto ha fijado la Ley de la carrera administrativa. Al respecto señala el parágrafo de la precitada norma:

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 27 de abril de 2006. Exp. 1999-1963-01 (4385-04). C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

² Ibíd.

“Artículo 41: (...) Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.”(Negrilla fuera de texto)

En el presente caso el acto demandado cumplió con la formalidad legal antes mencionada, pues se encuentra debidamente motivado, tanto así, que la parte demandante discute las razones o motivaciones que dieron lugar al retiro, pues señaló que las modificaciones al plan de estudios y a los perfiles de los docentes, desconocieron las normas legales, cuestión que se analizará a continuación, dado que hace parte de los cargos de violación formulados en la demanda.

2.2. De la violación del artículo 79 de la Ley 115 de 1994 y la falta de estudios previos

En criterio de la parte actora, el plan de estudio en el que se sustentó el retiro de la accionante, no vislumbra que se haya efectuado justificación o consideración alguna para realizar modificaciones y por el contrario es evidente la violación del artículo 79 de la Ley 115 de 1994, según el cual se debe establecer los objetivos por niveles, grados y áreas, la metodología, distribución del tiempo y criterios de evaluación y administración, de acuerdo con el Proyecto Educativo Institucional. Agrega que si se señala, de manera general, que la reestructuración del plan fue el que dio lugar al cambio de perfil de los docentes, no se puede establecer cuál análisis o justificación dio lugar a dichos cambios, más cuando en mayo de 2013 se volvió a cambiar el plan de estudio.

Para desatar el cargo de violación, el Despacho considera necesario precisar primero los conceptos de Plan Educativo Institucional, Currículo y Plan de Estudios, los cuales se encuentran definidos en la Ley 115 de 1994, así:

“ARTÍCULO 73. Proyecto educativo institucional. Con el fin de lograr la formación integral del educando, cada establecimiento educativo deberá elaborar y poner en práctica un Proyecto Educativo Institucional en el que se especifiquen entre otros aspectos, los principios y fines del establecimiento, los recursos docentes didácticos disponibles y necesarios, la estrategia pedagógica, el reglamento para docentes y estudiantes y el sistema de gestión, todo ello encaminado a cumplir con las disposiciones de la presente Ley y sus reglamentos.

El Gobierno Nacional establecerá estímulos e incentivos para la investigación y las innovaciones educativas y para aquellas instituciones sin ánimo de lucro cuyo Proyecto Educativo Institucional haya sido valorado como excelente, de acuerdo con los criterios establecidos por el Sistema Nacional de Evaluación. En este último caso, estos estímulos se canalizarán exclusivamente para que implanten un proyecto educativo semejante, dirigido a la atención de poblaciones en condiciones de pobreza, de acuerdo con los criterios definidos anualmente por el Conpes Social.

PARÁGRAFO.- *El Proyecto Educativo Institucional debe responder a situaciones y necesidades de los educandos, de la comunidad local, de la región y del país, ser concreto, factible y evaluable.*

ARTÍCULO 76: Concepto de currículo. *Currículo es el conjunto de criterios, planes de estudios, programas, metodología, y procesos que contribuyen a la formación integral y a la construcción de la identidad cultural nacional, regional y local, incluyendo también los recursos humanos, académicos y físicos para poner en práctica las políticas y llevar a cabo el proyecto educativo institucional.*

ARTÍCULO 79. Plan de estudios. *El plan de estudios es el esquema estructurado de las áreas obligatorias y fundamentales y de áreas optativas con sus respectivas asignaturas, que forman parte del currículo de los establecimientos educativos.*

En la educación formal, dicho plan debe establecer los objetivos por niveles, grados y áreas, la metodología, la distribución del tiempo y los criterios de evaluación y administración, de acuerdo con el Proyecto Educativo Institucional y con las disposiciones legales vigentes.

Con base en las normas previamente citadas, se puede concluir, desde una perspectiva eminentemente legal, que el Proyecto Educativo Institucional comprende el marco general que regula toda la actividad que se suscita al interior de los establecimientos educativos, esto es, su misión y visión, objetivos generales y específicos, organización y demás aspectos relacionados con su funcionamiento; que el Currículo está relacionado con la parte académica y pedagógica, comprendiendo el conjunto de áreas y programas ofrecidos a los estudiantes, integrado por los distintos elementos señalados en el artículo 76 de la Ley 115 de 1994, **entre los cuales se encuentran los distintos planes de estudios.**

Bajo tal perspectiva, según la Ley, **el Plan de Estudios constituye una parte del currículo**. Tal componente contiene los elementos necesarios para materializar el proceso de enseñanza-aprendizaje, pues a través de éste se definen no solo los objetivos específicos para cada nivel, grado y área del conocimiento, sino además contiene la metodología, distribución del tiempo y criterios de evaluación y administración para cada área ofrecida.

En efecto, la norma citada por la parte actora define el plan de estudios, en el marco de la organización para la prestación del servicio educativo, como *“...el esquema estructurado de las áreas obligatorias y fundamentales y de áreas optativas con sus respectivas asignaturas, que forman parte del currículo de los establecimientos educativos...”*. Según el precitado artículo 79, en tratándose de educación formal, *“...dicho plan debe establecer los objetivos por niveles, grados y áreas, la metodología, la distribución del tiempo y los criterios de evaluación y administración, de acuerdo con el Proyecto Educativo Institucional y con las disposiciones legales vigentes...”*.

Así entonces, habiéndose motivado el acto de retiro en la modificación del plan de estudios, deberá el Despacho analizar si el nuevo Plan reúne las exigencias o elementos legales previamente descritos, dado que el cargo de violación formulado por la parte actora señala que dicho cambio incumplió lo dispuesto en la citada norma.

Sin embargo, previo a tal análisis, es necesario también, decantar los conceptos de niveles, grados y áreas de conocimiento, igualmente definidos por la Ley General de Educación en sus artículos 11 y 23 así:

“ARTÍCULO 11º.- Niveles de la educación formal. La educación formal a que se refiere la presente Ley, se organizará en tres (3) niveles:

- a) El preescolar que comprenderá mínimo un grado obligatorio;*
- b) La educación básica con una duración de nueve (9) grados que se desarrollará en dos ciclos: La educación básica primaria de cinco (5) grados y la educación básica secundaria de cuatro (4) grados, y*
- c) La educación media con una duración de dos (2) grados.*

ARTÍCULO 23º.- Áreas obligatorias y fundamentales. Para el logro de los objetivos de la educación básica se establecen áreas obligatorias y fundamentales del conocimiento y de la formación que necesariamente se tendrán que ofrecer de acuerdo con el

currículo y el Proyecto Educativo Institucional. Los grupos de áreas obligatorias y fundamentales que comprenderán un mínimo del 80% del plan de estudios, son los siguientes:

- 1. Ciencias naturales y educación ambiental.*
- 2. Ciencias sociales, historia, geografía, constitución política y democracia.*
- 3. Educación artística. Modificado por el art. 65, Ley 397 de 1997.*
- 4. Educación ética y en valores humanos.*
- 5. Educación física, recreación y deportes.*
- 6. Educación religiosa.*
- 7. Humanidades, lengua castellana e idiomas extranjeros.*
- 8. Matemáticas.*
- 9. Tecnología e informática.*

Según se observa, la Ley contempla tres (3) niveles de educación: **Preescolar, Básica y Media**, cada uno de ellos compuesto por grados y áreas de conocimiento, lo cual significa que para establecer si el Plan de Estudios que dio lugar al retiro de la docente, cumplió el procedimiento legal se debe establecer si contiene los siguientes aspectos:

- Objetivos por niveles
- Objetivos por grados
- Objetivos por áreas de conocimiento
- Metodología
- Distribución del tiempo
- Criterios de evaluación y administración

Con ocasión a la audiencia inicial, al momento de decretarse las pruebas, se ordenó oficiar a la Entidad demandada, para que remitiera “...los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición del Decreto 00075 del 19 de febrero de 2013, que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la docente Diana Consuelo Mendoza Gil, **incluyendo los estudios previos o documentos que dieron origen a la restructuración de la planta de docentes en la Institución Educativa....**” (f. 12-12 vto.). Para tal efecto, se libró Oficio E.P.S.G. 0417-2013-00115 de fecha 18 de junio de 2014 (f. 257), el cual fue contestado a través de Oficio de 8 de Julio de 2014 (f. 262), en el cual se remitió en 137 folios, “...los antecedentes administrativos correspondientes al cambio de modalidad en el Plan de Estudios de Ciencias Agropecuarias a la modalidad de Informática de la Institución Educativa Santa Cruz de Motavita, desde el año 2009, lo cual da cuenta de

la implementación de la nueva modalidad según se registra en el formato Plan de Estudios junto con las Resoluciones de asignación de horas y clases durante los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y actualmente al año 2014...” (f. 262 s.).

Como parte de tal documentación, obran las Resoluciones expedidas por el Rector de la Institución Educativa para los años 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013, a través de las cuales asignó la carga académica a los docentes, junto con un soporte documental para cada año, denominado “Plan de Estudios” (f. 264-366).

Sin embargo, revisados tales elementos, encuentra el Despacho que en el precitado Plan de Estudios no se plasmaron los objetivos por niveles, grados ni áreas, como lo ordena la ley y que tampoco se previó la modificación de los perfiles de los docentes que pertenecían a la Institución Educativa, como se señaló en el acto demandado y mucho menos se concluyó que se debía retirar a la demandante por disminución o desaparición de las áreas de conocimiento relacionadas con su perfil.

En efecto, visto los citados planes de estudio desde 2009 y hasta 2013, año del retiro, se observa que tales documentos apenas contienen el reparto de la carga académica, esto es, la distribución de las horas de cada área en cada grado, determinación que no se encuentra sustentada en algún análisis o estudio, sino que por el contrario, denota el incumplimiento del artículo 79 de la Ley 115 de 1994.

El Plan de Estudios a que hace referencia la Entidad demandada, está conformado por un (1) único folio, que contiene un cuadro en el que solamente se plasma el número de horas de cada materia asignada a cada grado, pero allí no se definen los objetivos por niveles, grados y áreas, así como tampoco se establece la metodología o la distribución del tiempo y menos aún, los criterios de evaluación y administración, de acuerdo con el Proyecto Educativo Institucional.

Vistos los planes de estudios remitidos por la Entidad, se observa que para los años 2009 a 2013, existieron los siguientes cambios en los planes de estudios:

	ÁREA	AÑO 2009	AÑO 2010	AÑO 2011
ÁREAS OBLIGATORIAS	HUMANIDADES-LENGUA CASTELLANA (ESPAÑOL)	X	X	X
	HUMANIDADES-IDIOMA EXTRANJERO (INGLÉS)	X	X	X
	FÍSICA	X	X	X
	MATEMÁTICAS	X	X	X
	EDUCACIÓN FÍSICA RECREACIÓN Y DEPORTES	X	X	X
	EDUCACIÓN ÉTICA Y VALORES HUMANOS	X	X	X
	CIENCIAS NATURALES Y EDUCACIÓN AMBIENTAL	X	X	X
	EDUCACIÓN ARTÍSTICA	X	X	X
	TECNOLOGÍA E INFORMÁTICA	X	X	X
	EDUCACIÓN RELIGIOSA (RELIGIÓN)	X	X	X
	CIENCIAS SOCIALES, HISTORIA, GEOGRAFÍA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y DEMOCRACIA	X	X	X
	FILOSOFÍA	X	X	X
ÁREAS OPTATIVAS	ECONOMÍA SOLIDARIA	X	X	X
	PRACTICAS AGROPECUARIAS	X	X	X
	EMPRENDERISMO	X	X	X
	TICS	X	X	X
ÁREAS DE LA ESPECIALIDAD	PROYECTOS AGROPECUARIOS	X	X	X
	ARQUITECTURA DE COMPUTADORES	X	X	
	ALGORITMOS	X	X	
	SISTEMAS OPERATIVOS	X	X	
	OFIMÁTICA 1	X	X	
	MANEJO CULTIVOS	X	X	X
	ZOOTECNIA	X	X	X
	CONSTRUCCIONES RURALES	X	X	X
	MANTENIMIENTO Y ENSAMBLE DE COMPUTADORES		X	X
	REDES		X	X
	PROGRAMACIÓN		X	X
	OFIMÁTICA 2		X	
	OFIMÁTICA			X

AÑO 2012		
ÁREAS OBLIGATORIAS	HUMANIDADES-LENGUA CASTELLANA (ESPAÑOL)	46
	COMPETENCIAS COMUNICATIVAS Y DE ESTUDIO	2
	HUMANIDADES-IDIOMA EXTRANJERO (INGLÉS)	24
	FÍSICA	12
	MATEMÁTICAS	50
	EDUCACIÓN FÍSICA RECREACIÓN Y DEPORTES	30
	EDUCACIÓN ÉTICA Y VALORES HUMANOS	20
	CIENCIAS NATURALES Y EDUCACIÓN AMBIENTAL	44
	EDUCACIÓN ARTÍSTICA	12
	TECNOLOGÍA E INFORMÁTICA	16
	EDUCACIÓN RELIGIOSA (RELIGIÓN)	12
	CIENCIAS SOCIALES, HISTORIA, GEOGRAFÍA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y DEMOCRACIA	40
	FILOSOFÍA	8
	EMPRENDERISMO	10

ÁREAS OPTATIVAS	TICS	10
	PROYECTOS	4
	MANTENIMIENTO Y ENSAMBLE DE COMPUTADORES	8
	PROGRAMACIÓN	12
	REDES	12
	BASE DE DATOS	8
	TICS Y AMBIENTES DE APRENDIZAJE	4
	CONFIGURACIÓN DE SISTEMAS OPERATIVOS	4
	CATEDRA UNIVERSITARIA	2

Según enseña la prueba documental, para el año 2013 se modificó la estructura curricular, pues en el cuadro denominado “PLAN DE ESTUDIOS EDUCACIÓN BÁSICA Y MEDIA AÑO 2013” (f. 324), las horas se distribuyeron de manera distinta a la forma en que se había asignado en los años anteriores quedando para tal período académico así:

AÑO 2013		
1	CIENCIAS NATURALES Y EDUCACIÓN AMBIENTAL	40
	BIOLOGÍA	0
	QUÍMICA	19
	FÍSICA	19
2	CIENCIAS SOCIALES	40
	CIENCIAS POLÍTICAS Y ECONÓMICAS	4
	FILOSOFÍA	16
3	EDUCACIÓN ARTÍSTICA	12
4	EDUCACIÓN ÉTICA	12
5	EDUCACIÓN FÍSICA RECREACIÓN Y DEPORTES	20
6	EDUCACIÓN RELIGIOSA (RELIGIÓN)	12
7	ESPAÑOL	55
8	INGLÉS	32
9	MATEMÁTICAS	59
10	TECNOLOGÍA E INFORMÁTICA	17
11	PROGRAMACIÓN	6
12	TICS	3
13	OFIMÁTICA	6
ARTICULACIÓN	ARQUITECTURA Y ENSAMBLE COMPUTADORES	2
	INFRAESTRUCTURA, DISEÑO E INSTRUMENTACIÓN DE REDES	3
	ELECTRÓNICA	2
	EXPRESIONES ALGEBRAICAS Y TRIGONOMÉTRICAS	1

Lo anterior demuestra que es cierto lo manifestado por la Entidad en cuanto a la desaparición de las áreas relacionadas con la especialidad técnica agropecuaria. Sin embargo, a su vez prueba que los planes de estudio de las demás áreas, incluso las obligatorias, también fueron objeto de cambios, sin que tales modificaciones hayan acatado la norma legal, pues como se dijo, no

se encuentran sustentadas en análisis alguno que contemple los aspectos ordenados por la Ley, de manera que se encuentra acreditado el cargo de violación formulado en la demanda.

Ahora bien, ha de señalarse que no solo se encuentra probado el cargo de violación de la ley, sino que además se encuentra demostrado que los planes de estudios no recomendaron el retiro de la demandante y tampoco contienen el sustento de tal decisión administrativa de retirar a la docente, pues ni siquiera las Resoluciones a través de las cuales se distribuyó la respectiva carga académica para cada año, contienen razonamiento alguno que permita concluir que el cargo ya no se requería.

De igual forma, debe decirse que aunque se adelantó un estudio técnico en el año 2013, el cual se denominó *“PROYECTO DE EDUCACIÓN MEDIA TÉCNICA DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA TÉCNICA SANTA CRUZ DE MOTAVITA PARA OPTAR POR EL CARÁCTER TÉCNICO, CON ESPECIALIDAD EN SISTEMAS E INFORMÁTICA”* (f. 367), dicho análisis solamente contempló una modificación relacionada con el área técnica de la Institución, pero no contiene elemento alguno que justifique, sustente y/o fundamente algún tipo de supresión y/o modificación del perfil de la docente.

Visto el proyecto allegado por la parte demandada, encuentra el Despacho que la reforma redefinió los objetivos institucionales, para consolidar la **Especialidad Técnica en Sistemas e Informática**, desarrollando el Plan de Estudios de las dos (2) nuevas Áreas de *“PROGRAMACIÓN Y BASE DE DATOS”*, *“MANTENIMIENTO Y REDES DE COMPUTADORES”*, para los grados 10º y 11º. Sin embargo, tal Plan de Estudios no hizo alusión frente a las demás áreas de conocimiento de manera que la justificación de la decisión de retiro tampoco se encuentra en tal documento. Además, debe advertirse que aunque la Administración informó que el cambio de Especialidad se llevó a cabo en el año 2009 (f. 262), dicho documento tiene fecha 2013 (f. 367).

Así entonces, no se puede afirmar que la Institución Educativa y/o la Administración Departamental, efectuó cambios a los Planes de Estudios en el que se hubiere concluido que era preciso reducir horas o asignaturas en áreas de conocimiento distintas de las de sistemas, para el año 2013, pues el

501

único estudio que cumplió con los requisitos legales para dicho período académico, se adelantó para integrar nuevas áreas al programa curricular de la Especialidad de Sistemas e Informática.

De otra parte, al plenario se allegó copia del documento denominado *"INFORME SOLICITADO EN CIRCULAR No. 003"*, que en el numeral 1º estableció *"Necesidades Docentes y administrativos (sic)"*, así:

"...Teniendo en cuanta (sic) la reestructuración del Plan de Estudio realizado se dio origen al cambio de perfil de los docentes de las Áreas de Médico Veterinario Zootecnia y Tecnología e Informática. Y se requiere del nombramiento de un docente en el Área de Matemáticas y un docente en el Área de Español..." (f. 86).

Aunque dicho documento hizo referencia a la modificación de los perfiles, tampoco contiene una razón técnica, académica y mucho menos pedagógica que fundamente el cambio de los perfiles de los docentes o el cambio del plan de estudios, pues únicamente informó que existió un cambio, pero no señala las razones del mismo, de manera que no se puede concluir que en tal documento se encuentran las razones que llevaron a la Administración a retirar a la demandante.

Así mismo se allegó copia de la Nota Interna de fecha 8 de febrero de 2013 a través de la cual la Dirección Administrativa remitió listado de excedentes para la *"...elaboración de los respectivos actos administrativos de terminación de las provisionalidades respectivas..." (f. 89)*, anexando un cuadro (f. 91-93), en el cual aparece relacionada la accionante (f. 92), sin que de dicho documento se pueda extraer la razón de la terminación del cargo y mucho menos los fundamentos de la modificación del plan de estudio y/o de los perfiles de los docentes, pues allí no se hizo alusión a ninguna circunstancia de aquellas, sino que, tal como lo sostiene la parte actora, simplemente se libró una orden para la elaboración de los respectivos actos de retiro.

La misma situación se presenta con el Oficio de 22 de febrero de 2013 (f. 354), pues a través de éste sólo se informa que *"...Debido a la reestructuración del plan de estudios de la Institución, dio origen al cambio de perfil de los docentes en las áreas de Zootecnia e informática..." (f. 354)*, sin que se observe una razón de

fondo que sustente la aludida modificación al Plan de Estudios y mucho menos que sirva de fundamento para el retiro de la demandante, con lo cual se ratifica la ilegalidad de la determinación, pues hasta este punto no solo está probado que los Planes de Estudio incumplieron con el mandato contenido en el artículo 79 de la Ley 115 de 1994, sino además, se probó que no es cierto que las modificaciones a los planes de estudio hubieren modificado el perfil de la docente y/o recomendado su retiro.

2.3. De la necesidad del servicio

Aunque lo anterior resulta suficiente para declarar la nulidad del acto demandado, advierte el Despacho que además se encuentra demostrado que para el momento del retiro existió un incremento de las áreas compatibles con el perfil de la docente, con lo cual se desvirtúa la afirmación contenida en el acto demandado respecto a la desaparición de la necesidad del servicio.

Dicho de otra manera, se encuentra demostrado el cargo de violación formulado por la demandante, relacionado con la necesidad del servicio, esto es, que se requería de su labor para cumplir con la prestación del mismo, dado que para el año del retiro existió un incremento en las horas correspondientes a las áreas en que ella podía dictar clase.

No discute el Despacho que en el año 2009 se llevó a cabo un cambio institucional, que conllevó la supresión de la especialidad técnica agropecuaria y la creación de la especialidad técnica de sistemas, decisión que implicó que varias áreas desaparecieran del currículo y correlativamente unas nuevas fueran incluidas para cumplir con el nuevo enfoque que se había propuesto la Institución Educativa.

Sin embargo, observa el Despacho que para el año 2012, esto es, un año antes del retiro y tres (3) años después de haberse consolidado la reforma del Plan Educativo Institucional que se adelantó en 2009, la docente seguía vinculada con el servicio a pesar que había desaparecido la totalidad de áreas que hacían parte de la especialidad técnica agropecuaria. Así se colige del cuadro obrante a folio 323 al que se le denominó "Plan de Estudios 2012".

Lo anterior resulta relevante, pues evidencia que la justificación que en sede jurisdiccional pretende presentar la parte demandada para fundamentar el retiro de la docente, no era actual, pues no se puede sostener válidamente que la accionante se desvinculó como consecuencia de la supresión de la especialidad agropecuaria, dado que la totalidad de las áreas relacionadas con tal enfoque habían desaparecido un (1) año atrás y a pesar de ello la docente continuaba prestando sus servicios.

Bajo tal perspectiva, no se puede afirmar que para el momento del retiro la necesidad del servicio había desaparecido, mucho menos cuando revisado el plenario, se observa que para el año 2013, existió un incremento en áreas acordes con el perfil de la docente.

Efectivamente, según se colige de cada una de las resoluciones de asignación de carga académica para los años 2009 a 2012 (f. 265-366), el área de Química no estaba prevista como asignatura autónoma, sino que estaba incluida dentro del área de Ciencias Naturales y Educación Ambiental, situación que cambió a partir del año 2013 pues la Química, no solo se previó como área autónoma, sino además se integró en un mismo grupo o bloque, con las áreas de Ciencias Naturales y Educación Ambiental, Biología y Física, lo cual conllevó a un incremento en las horas semanales, de manera que se encuentra probado el supuesto de hecho señalado en la demanda cuando refiere que hubo un incremento de la carga prevista para dicho año.

En efecto, luego de efectuado un análisis a cada una de las Resoluciones, se pudo establecer que para el año 2009 las horas de Ciencias Naturales y Educación Ambiental eran cincuenta y seis (56),³ de las cuales ocho (8) eran de Química, mientras que para los siguientes años fue de cuarenta y cuatro (44), intensidad que descendió para los años siguientes, **pero finalmente aumentó para 2013 así:**

AÑO	TOTAL	CIENCIAS NATURALES	QUÍMICA
2009	56	48	8
2010	44	32	12
2011	44	32	12

³ En este punto aclara el Despacho que aunque el documento denominado Plan de Estudios para el año 2009 contemplaba un total de 53 horas, vista la carga académica asignada mediante la Resolución 002 de 2009 (f. 3), las horas de ciencias naturales y educación ambiental, que además incluyen química, suman en total cincuenta y seis (56) horas.

2012	44	32	12
2013	59	40	19

Lo anterior denota que lo que ocurrió en realidad, fue que para el año 2013 el número de horas, tanto de Ciencias Naturales y Educación Ambiental, como de Química aumentaron al haberse previsto esta última área como autónoma.

Efectivamente, aunque para 2012 se había previsto un total de cuarenta y cuatro (44) horas de Ciencias Naturales y Educación Ambiental y para el año 2013 un total de cuarenta (40) horas, no se puede sostener que hubo un descenso de la carga, pues de las cuarenta y cuatro (44) horas de 2012, únicamente treinta y dos (32) correspondían a Ciencias Naturales, mientras que las doce (12) restantes eran de Química.

Tal conclusión puede evidenciarse con la información contenida en los folios 313 y 314 del expediente, que contienen la carga asignada a las docentes Ana Josefa cuervo Aguilar y María Eunice Pacheco.

Ahora bien, luego del incremento de las horas en las áreas previamente citadas, observa el Despacho que tal como se dijo en la demanda, se asignó carga para que tales asignaturas fueran dictadas por docentes que no tienen el perfil, pues según se colige de la Resolución No. 004 de 2013, al Docente Germán Alirio Rojas Gámez, quien ostenta el título de Diseñador Industrial, se le asignaron cinco (5) horas de Ciencias Naturales (f. 359) y al Ingeniero de Sistemas José Bernardo García Garavito otras cinco (5), docente encargado de dictar áreas relacionadas con la Especialidad Técnica, como Tecnología e Informática (9 horas), Programación (2 horas), TIC'S (1 hora), Ofimática (2 horas) e Infraestructura y Diseño de Redes (3 horas) (f. 363).

Al igual que aconteció en años anteriores, se observa que la carga académica asignada por el Rector para el período lectivo 2013, no solo en los casos señalados en el párrafo anterior, sino en otros, no guarda coherencia con los perfiles de los docentes. Se observa por ejemplo que al docente Javier Fernando Pulido, Administrador de Empresas se le asignaron dos (2) horas de Educación Religiosa (f. 357), lo mismo que a la Licenciada en Matemáticas Mercedes Constanza Lozano.

Finalmente se advierte que se fijó carga académica en las áreas de español y matemáticas a “...docente por asignar...” (f. 357 y 358), esto es, profesores que no hacían parte de la Planta de Personal y que aún no se habían designado, lo cual denota una total falta de planeación para la correcta distribución del trabajo.

En lo que tiene que ver con la distribución de las horas acordes con el perfil de la docente, se observa que además que se fijaron áreas de Ciencias Naturales a docentes con perfiles disímiles, el número de horas restantes de dicha materia fueron asignados a profesores que superaban su carga, pues mientras a los demás docentes se les encargó un máximo de veintidós (22) horas semanales, a los docentes Germán Alirio Rojas Gámez, Ana Josefa Cuervo Aguilar y María Eunice Pacheco, se les fijó un total de veintitrés (23), veinticuatro (24) y veinticinco (25) horas respectivamente (f. 359 y 362).

Lo anterior resulta determinante, pues evidencia que a pesar que hubo un incremento en las horas semanales en las áreas compatibles con el perfil de la accionante, quien ostenta el título de Médico Veterinario Zootecnista (f. 122), se prefirió entregar dichas horas a docentes que no tienen el perfil requerido y a otros que aunque lo tienen, tenían copada la carga académica, con lo cual se desconoció de paso lo dispuesto en el parágrafo del artículo 5 del Decreto 1850 de 2002 que ordena que “...El tiempo total de la asignación académica semanal de cada docente de educación básica secundaria y educación media, será de veintidós (22) horas efectivas de sesenta (60) minutos...”, decisiones que además no se encuentran justificadas y/o soportadas en algún tipo de estudio o análisis técnico, sino que por el contrario, son fijadas de manera discrecional por parte del Rector de la Institución, que en la parte considerativa de las respectivas Resoluciones señaló:

“...Que la Resolución 3880 del 31 de Octubre de 2006 complementa y fija parámetros a la responsabilidad por parte de los Rectores, en la asignación académica y en el desarrollo de las actividades curriculares complementarias dentro y fuera del Establecimiento Educativo.

Que la Institución tiene una planta de treinta y un (31) Docentes de tiempo completo y los niveles de Educación Pre-escolar, Básica Primaria, Básica Secundaria y Media.

Que es deber de los rectores asignar responsabilidades a los profesores de tiempo completo, teniendo en cuenta el perfil de cada uno de ellos y las necesidades psicológicas y académicas de los docentes...” (f. 355).

Así entonces, las afirmaciones tendientes a señalar que el perfil de la docente no era requerido y que el servicio ya no se necesitaba, se quedan sin piso jurídico, pues es claro que al existir la asignatura de Ciencias Naturales y Educación Ambiental y otras afines con el perfil de la docente, es claro que la misma podía continuar en el servicio, hasta tanto fuera provisto el cargo mediante el sistema de méritos, pues acorde con las normas legales, el área de Ciencias Naturales y Educación Ambiental, es obligatoria para todas las instituciones educativas que prestan el servicio en el nivel de Educación Básica, pues así lo establece en forma expresa el artículo 23 de la Ley General de Educación, el cual se encuentra transcrito páginas atrás.

Luego entonces, no se puede sostener que la decisión adoptada por el Rector de la Institución al momento de fijar la carga académica se fundó en los parámetros legales, pues agotado el material probatorio, se evidencia que su actuar contradice lo dispuesto en el artículo 117 ibídem, disposición que regula lo relacionado a la correspondencia entre la formación del estudiante y el ejercicio profesional del educador. Señala la norma:

“ARTÍCULO 117. Correspondencia entre la formación y el ejercicio profesional de educador. El ejercicio de la profesión de educador corresponderá a la formación por él recibida. Para el efecto, las instituciones de educación superior certificarán el nivel y área del conocimiento en que hizo énfasis el programa académico.” (Negrilla fuera de texto).

La precitada norma impone que las áreas de conocimiento sean asignadas a docentes que tengan formación en ellas, en otras palabras, obligan a que el servicio educativo sea prestado teniendo en cuenta el perfil de formación que el profesional posee, de manera que cada área solamente puede ser impartida por quienes tienen formación certificada en la misma.

Por ello, no es válido aceptar que se designen docentes para que dicten asignaturas en áreas distintas a las que recibieron durante su proceso de formación profesional, que es lo que ocurre en el presente caso, cuando se distribuye la carga a docentes con perfiles incompatibles.

Así las cosas, son varias las conclusiones que permiten al Despacho concluir que se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto de retiro:

- Se demostró que la modificación del plan de estudios para las áreas obligatorias de los grados que hacen parte del nivel de educación básica efectuada en el año 2013, época el retiro, no cumplió con los parámetros establecidos en el artículo 79 de la Ley 115 de 1994, pues no contiene los objetivos por niveles, grados y áreas, ni la metodología, distribución del tiempo, ni criterios de evaluación y administración, de acuerdo con el Proyecto Educativo Institucional.
- Se probó que la necesidad del servicio para el año 2013, no desapareció, sino que por el contrario, las áreas para las cuales la accionante cumplía el perfil, tuvieron un incremento en su intensidad horaria.
- Los planes de estudios no recomendaron ni justificaron el retiro de la docente.
- Está demostrado que las áreas de conocimiento que podían ser cubiertas por la accionante, fueron asignadas a i) docentes que tenían perfiles discordantes (Violación del artículo 117 Ley 115 de 1994), ii) a docentes que tenían copada la carga académica (Violación del artículo 5 del Decreto 1850 de 2002).
- Aunque se probó que hubo un proyecto para el año 2013, éste solamente hizo alusión a la inclusión de nuevas áreas para la Especialidad Técnica en sistemas, pero no definió situaciones académicas ni curriculares relacionadas con las áreas obligatorias.

Las circunstancias anteriores permiten concluir que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad por falsa motivación, desviación de poder y violación de la ley, pues además que se desconocieron los parámetros legales al momento de definir los planes de estudio de las áreas obligatorias, en especial de aquellas que podía dictar la docente, se demostró que no es cierto que hubiese desaparecido la necesidad del servicio y que por el contrario, el empleo se requería para brindar a los estudiantes las asignaturas previstas como obligatorias en la Ley General de Educación, por profesores idóneos, esto es, con conocimiento certificado en el área o perfiles compatibles.

Por tal razón, el Despacho declarará la nulidad del acto acusado y en consecuencia ordenará el respectivo restablecimiento del derecho.

3. Del restablecimiento del derecho

Para efectos del restablecimiento del derecho, el Despacho acudirá a los precedentes fijados por la Corte Constitucional, unificados en las sentencias SU-556 de 24 de julio de 2014⁴ y SU-874 de 13 de noviembre de 2014⁵, según los cuales se fijó como regla indemnizatoria, para los casos en que se produce el retiro de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, la siguiente:

“...Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario...” (Negrilla fuera de texto).

Luego de hacer alusión a las diferentes medidas de protección que a través de los años ha establecido la Corte Constitucional, en casos de retiro de personal nombrado en provisionalidad en cargos de carrera y de referir el contenido de la sentencia de unificación SU-917 de 2010, explicó el Tribunal Constitucional que existían tres (3) hipótesis sobre posibles medidas que podían ser aplicadas según las especificidades del asunto, las cuales se resumieron así:

“(...) La primera hipótesis se presenta cuando en el proceso ordinario o ante la jurisdicción contencioso administrativa uno de los fallos de instancia ha sido conforme a la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional. En tal caso, el juez de tutela debe dejar sin efecto la sentencia contraria al precedente y, en su lugar, confirmar el fallo de instancia que se ajusta a la

⁴ MAGISTRADO PONENTE: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵ MAGISTRADA (E) PONENTE: Martha Victoria Sánchez Méndez.

jurisprudencia constitucional[42].

La segunda hipótesis se presenta cuando no es posible dejar en firme ninguna decisión de instancia porque todas van en contravía de la jurisprudencia constitucional. En tal caso corresponderá al juez de tutela dejar sin efecto el fallo de última instancia y ordenar que se dicte uno nuevo ajustado al precedente constitucional.

Finalmente, la tercera hipótesis se presenta cuando en oportunidades precedentes se ha ordenado dictar un nuevo fallo pero el juez de instancia se niega a proferirlo o lo hace en contravía las reglas fijadas en la jurisprudencia constitucional, existiendo la certidumbre de que la protección efectiva de los derechos fundamentales resultará afectada.

En estos eventos el juez de tutela, y particularmente la Corte Constitucional, debe tomar directamente las medidas necesarias, pudiendo incluso dictar sentencia sustitutiva o de reemplazo, pues no quedaría alternativa distinta para garantizar la real y efectiva protección de los derechos fundamentales y con ello el derecho de acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad[43]”.⁶

Seguidamente agregó que a pesar que la jurisprudencia constitucional pasó por distintas etapas, “...se ha mantenido invariable la regla conforme a la cual, cuando se desvincula sin motivación a un servidor público que se encontraba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, lo que procede es ordenar la nulidad del acto, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso...”, pero que en lo que concierne a las medidas de restablecimiento, “...se han ido desarrollando algunos matices, puesto que primero se evolucionó en la dirección de reconocer no solamente el reintegro del funcionario como una consecuencia natural de dejar sin efectos el acto de desvinculación, sino también el pago a su favor de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su efectiva reincorporación, pero luego se han introducido criterios que, por consideraciones de equidad, limitan esa regla...”.

Según decantó la Corte, el restablecimiento de los derechos, en casos como el que ocupa la atención del Despacho está limitado por varios criterios, el primero de los cuales “...alude a que la orden de pago de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de desvinculación hasta que se efectuara el reintegro al cargo que venía desempeñando en provisionalidad, sólo surte efectos hasta el momento en

⁶ SENTENCIA SU-917 DE 2010. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

el que el respectivo cargo hubiere sido provisto a través de concurso de méritos...”, regla que parte de la consideración conforme a la cual carece de soporte jurídico, pagar salarios y prestaciones por un período en el cual el servidor público ya se encontraría desvinculado del cargo por una decisión ajustada a la Constitución y a la ley, “...esto es, porque el cargo que ocupaba en provisionalidad ya habría sido provisto mediante concurso... ”.

Así mismo, se indicó en el precedente que hoy sirve de fundamento para resolver el asunto, que otro de los aspectos que deben tenerse en cuenta al momento de ordenar el restablecimiento de los derechos, “...alude al eventual descuento que debe ordenarse a la suma total correspondiente al concepto de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, cuando la persona afectada con el retiro discrecional haya recibido otras sumas del tesoro público por virtud de su desempeño en otros cargos de naturaleza pública durante el interregno que estuvo desvinculada...”. Lo anterior, en atención a que el concepto de daño se encuentra limitado por dos (2) factores: “...El primero tiene que ver con el carácter precario de la estabilidad que tiene el servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera. El segundo (...) tiene que ver con una consideración de carácter general, sobre la responsabilidad que le cabe a cada persona en la generación de los recursos necesarios para atender sus requerimientos vitales, sin que sea de recibo la actitud de quien, ante la pérdida del empleo, omite injustificadamente la realización de las actividades imprescindibles para la auto-provisión de recursos...”.

Según la Máxima Corporación Constitucional, al momento de establecer el verdadero perjuicio sufrido por quienes fueron retirados del servicio, estando en provisionalidad en de cargos de carrera, debe valorarse la expectativa de permanencia en el cargo, unida a la estabilidad laboral propia del cargo de carrera nombrado en provisionalidad “...y la carga que le correspondía de asumir su propio auto-sostenimiento y el de sus dependientes...”, teniendo en cuenta además los criterios fijados en la sentencia SU-691 de 2011, según la cual, para dichos casos es procedente “...disponer que su reintegro se realice sin solución de continuidad, con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir...” (Negrilla del texto original), para lo cual, se aclaró en la sentencia SU-556 de 2014, que se entiende por salario dejado de percibir “...cuando, por cualquier circunstancia, una persona se ve privada de la

posibilidad de generar un ingreso como retribución por su trabajo, de manera que, cuando quiera que la persona accede a un empleo o a una actividad económica alternativa, deja de estar cesante, y, por consiguiente, ya no “deja de percibir” una retribución por su trabajo...”.

Finalmente, en lo que concierne a la indemnización se agregó:

“...3.6.13.4. Ahora bien, siendo consecuente con el propósito de que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, se dispondrá que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

3.6.13.5. A este respecto, el valor mínimo indemnizatorio en este caso se fija, en razón a que las personas desvinculadas han agotado previamente el respectivo proceso judicial, y, como consecuencia de la congestión y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, la posibilidad de acceder a un reconocimiento patrimonial por el despido injusto se extienda a periodos de varios años, es decir, a periodos que superen los seis (6) meses. En el caso contrario, el pago mínimo de indemnización no tiene lugar, y ésta deberá corresponder al daño efectivamente sufrido, el cual será equivalente al tiempo cesante...”.

Así las cosas, advierte el Despacho que según lo expuesto por los precedentes de unificación contenidos en las sentencias SU-556 y SU-874 de 2014, el reintegro del servidor que ocupaba un cargo en provisionalidad debe hacerse sin solución de continuidad, sin límites distintos a la provisión del empleo mediante concurso, la supresión o el cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

No obstante, habrá de ordenarse, igualmente que la indemnización se efectúe en los términos que lo establece el precedente judicial, razón por la cual, se ordenará a la accionada, a pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, **descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis**

(6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

4. De las costas

Se condenará en costas a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARASE la nulidad del Decreto 00075 de 2013, a través del cual se resolvió terminar el nombramiento provisional de la señora Diana Consuelo Mendoza Gil, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDÉNASE al Departamento de Boyacá, a reintegrar a **Diana Consuelo Mendoza Gil**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.498.707 de Villavicencio, al cargo de Docente o a uno de igual o superior categoría. Se advierte que el reintegro al cargo deberá efectuarse **en provisionalidad** y sólo será procedente siempre y cuando el cargo no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, o suprimido, o la actora se encuentre en edad de retiro forzoso, caso en el cual, no habrá lugar a efectuar el reintegro, sino que se ordenará a la Entidad, solamente el pago de las sumas que debió recibir mientras estuvo separada del empleo, desde la fecha de retiro del mismo y hasta la fecha en que se haya configurado alguna de las tres situaciones previamente señaladas, en todo caso, atendiendo a la orden que a continuación se señala.

TERCERO: PAGAR a título de indemnización, a favor de la señora **Diana Consuelo Mendoza Gil**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.498.707 de Villavicencio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación hasta el momento de la sentencia,

587

descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la actora, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Las sumas que resulten en favor de la accionante, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse cada pago.

CUARTO: Condénese en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

QUINTO: En firme esta providencia **para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA;** realizado lo anterior y previamente las anotaciones y constancias de rigor, expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el art. 114 y 115 del C.G.P. y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando previa verificación de habersele conferido la facultad expresa de recibir conforme al artículo 77 C.G.P, aplicable expresa remisión del artículo 306 del CPACA.

SEXTO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y

verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

SÉPTIMO: NOTIFÍQUESE por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Juez