

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Finalidad.

El artículo 4 de la Constitución Política de Colombia prevé que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.” A partir de esta disposición nace la excepción de inconstitucionalidad como una herramienta jurídica que permite a los operadores judiciales cumplir con la facultad y el deber de inaplicar en un caso concreto una norma por considerar que la misma va en contravía de la constitución. Esta herramienta resulta aplicable incluso sin necesidad que el interesado la alegue o interponga una acción para hacerla efectiva. En palabras de la Corte Constitucional es una herramienta que “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”

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Casos puntuales en los que resulta aplicable.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional existen tres casos puntuales en los que resulta aplicable la excepción de inconstitucionalidad: - La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que “de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado (...)”; - La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso; o, - En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento *iusfundamental*. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales.”

DERECHO A LA IGUALDAD – Naturaleza / DERECHO A LA IGUALDAD – Criterios sospechosos y semisuspechos de diferenciación entre personas.

Ahora bien, en punto del derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 superior, se ha establecido por vía jurisprudencial que tiene una naturaleza triple, en el entendido que se trata de un valor, un principio y un derecho fundamental. Es así que de la mencionada disposición constitucional se desprenden diferentes contenidos normativos que la Corte Constitucional ha explicado en el siguiente sentido: “(i) la igualdad ante la ley, comprendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, previsión que dispone que las actuaciones del Estado y los particulares no deban, prima facie, prodigar tratos desiguales a partir de criterios definidos como “sospechosos” y referidos a

razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; y (iii) un mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material, comprendido como el deber de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a los grupos discriminados y marginados, bien sea a través de cambios políticos a prestaciones concretas. A este mandato se integra la cláusula constitucional de promoción de la igualdad, que impone al Estado el deber de proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, al igual que sancionar los abusos que contra ellas se cometan.” En concordancia con lo anterior se ha establecido que la igualdad tiene dos dimensiones, la dimensión formal que supone que “la ley debe ser aplicada del mismo modo a todas las personas”, lo cual “se traduce, asimismo, en una prohibición de discriminación ‘por razones de sexo, ideología, color de piel, origen nacional o familiar u otros similares’ y la dimensión material que “opera cuando por las condiciones de los sujetos implicados en la regulación, se torna imperativo discriminar positivamente”. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la igualdad es un criterio relacional en la medida en que, sobre la base de que ninguna persona, grupo o situación es idéntica, esta pregona por un trato igualitario a los iguales y desigual a los desiguales. Por lo anterior, ha expuesto que del principio de igualdad se derivan los siguientes cuatro mandatos: “(i) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras” En ese sentido, un trato disímil entre personas no necesariamente es contrario a la Constitución. Ello dependerá de que este sea razonable y proporcional, esto es, de que no suponga “una afectación intensa e insoportable de un derecho, garantía o posición jurídica reconocida por la Constitución”. En el punto de los criterios con los cuales se establece una diferenciación entre personas, se ha establecido jurisprudencialmente que existen criterios sospechosos por ser potencialmente discriminatorios, que en principio están constitucionalmente prohibidos y criterios semisuspechosos que son aquellos que aunque reúnen algunas características para considerarse sospechosos y pueden generar discriminación, son categorías problemáticas que no pueden considerarse radicalmente como neutrales o como sospechosas. La Corte Constitucional ha señalado que los criterios de diferenciación resultan sospechosos cuando se encuentra:” (i) [Q]ue se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; además (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; en tercer término, esos puntos de vista (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. Finalmente, (iv) en otras decisiones, esta Corporación ha también indicado que los criterios indicados en el artículo 13 superior deben también ser considerados sospechosos, no sólo por cuanto se encuentran explícitamente señalados por el texto constitucional, sino también porque han estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias.” Con el fin de determinar si un criterio de diferenciación es acorde o no a la Constitución política se ha establecido el juicio integrado de igualdad como metodología que

debe ser usada por los jueces cuando deben resolver casos en los cuales presuntamente se ha infringido el principio y derecho fundamental a la igualdad. Esta metodología, en un primer estadio, “verifica la existencia de una afectación prima facie al principio de igualdad” y, en un segundo estadio, determina si dicha afectación “se encuentra constitucionalmente justificada”. El máximo tribunal constitucional ha establecido que: “A efectos de verificar la afectación prima facie a la igualdad, en primer lugar, se debe hacer un juicio de valor sobre “cuál característica o propiedad resulta relevante para establecer el examen de igualdad por parte del juez”; en otras palabras, se debe establecer “el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis”, conforme al cual “se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza”. En segundo lugar, es necesario definir “si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe realmente un trato igual o diferenciado”. La determinación del criterio de comparación en el primer paso es un ejercicio de gran complejidad. Ello, principalmente, porque “desde un punto de vista ontológico, todos los sujetos, situaciones y cosas se pueden describir con diferencias y similitudes”. Es equivocado establecer un criterio con base en factores muy genéricos, como también lo es establecerlo a partir de factores muy específicos. De allí que, cuando se discuta un trato normativo diferenciado, es “indispensable precisar [el] objetivo [de la norma] y, luego de ello, establecer cuál es el criterio de comparación relevante”. De concluirse que, en efecto, se trata de grupos o personas asimilables que reciben un trato diferenciado, es decir, que existe una afectación prima facie a la igualdad, debe verificarse si dicha afectación está constitucionalmente justificada. Para ello, el juez debe fijar “la intensidad del juicio, en atención a tres niveles: débil, intermedia, o estricta [...] a partir del grado de margen de configuración que la Constitución Política reconoce al legislador y a la administración”. La Corte ha establecido los siguientes criterios orientadores para precisar el grado de margen de configuración del test: “(i) la materia regulada, (ii) los principios constitucionales o derechos fundamentales comprometidos y (iii) los grupos de personas perjudicados o beneficiados con la medida sometida a escrutinio”

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Se niega aplicación en relación con artículo 2.4.1.4.5.12. párrafo 4 del Decreto 1075 de 2015 adicionado por el artículo 1 del Decreto 1757 de 2015 / ASCENSO DE GRADO EN EL ESCALAFÓN DOCENTE POR HABER APROBADO CURSOS DE FORMACIÓN – Fecha a partir de la cual surten efectos fiscales de acuerdo con las modalidades de aprobación por vídeo o curso de formación.

Afirmó el apelante que la sentencia de primer grado incurrió en una omisión al no tener en cuenta la excepción por inconstitucionalidad propuesta en la demanda y ordenar la inaplicación de la disposición contenida en el artículo 2.4.1.4.5.12. párrafo 4 del Decreto 1075 de 2015 adicionado por el artículo 1 del Decreto 1757 de 2015, la cual dispuso: “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.” (resalta la Sala). Consideró la demandante que la condición que debía aplicarse a su situación particular

corresponde con la establecida en el párrafo 4 del artículo 2.4.1.4.5.11 que dispuso: “La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1 de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.” Desde su óptica, siendo que aprobó la ECDF 2015 en la modalidad curso de formación, en las mismas condiciones que aquellos docentes que la aprobaron en la modalidad video, por tratarse de un solo momento evaluativo, tiene derecho a que los efectos fiscales de su ascenso sean reconocidos a partir del 1 de enero de 2016, pues de lo contrario, se estarían imponiendo cargas que no está en el deber de soportar y se le estaría dando un trato injustificadamente desigual. Como se mencionó líneas atrás, con el fin de determinar la viabilidad de aplicar excepciones por inconstitucionalidad cuando se presume vulnerado el derecho a la igualdad, es necesario establecer si, para el caso concreto, existen criterios de diferenciación que resulten sospechosos o semisospeschosos que deban ser ponderados. En el caso concreto se tiene que el criterio de diferenciación plasmado en las precitadas disposiciones se basó en la forma de aprobación de la ECDF 2015 que se llevó acabo luego de sendas negociaciones entre el gobierno nacional y los sindicatos docentes con el fin de garantizar que aquellos docentes que no habían logrado el ascenso en el escalafón entre 2010 y 2014 accedieran a éste. La ECDF fue concebida para que los docentes que participaran en ella contaran con dos oportunidades de aprobación, la primera modalidad consistía en una evaluación que, entre otros ítems, incluyó la presentación de un vídeo de una clase dictada por el docente, el cual sería valorado por pares académicos, quienes aprobaran esta primera fase de evaluación obtendrían el ascenso en el escalafón con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2016. Para quienes no aprobaran en esta modalidad, se previó un segundo momento evaluativo o segunda modalidad de evaluación que consistió en cursar y aprobar un curso de formación, con el cual se obtendría el ascenso con efectos fiscales a partir de la fecha en la cual el docente presentara el certificado de aprobación del curso ante su nominador. La Sala encuentra que el criterio de diferenciación no resulta sospechoso o aun semisospeschoso, en el sentido en que no cumple con ninguno de los requisitos previamente mencionados para considerarse como tal, siendo que la diferenciación establecida se fundamenta en una condición exclusivamente relacionada con el mérito, en el sentido que se establecen condiciones más favorables para aquellos docentes que superaran el primer momento evaluativo y una menos favorable para aquellos que requirieron una segunda oportunidad para aprobar la ECDF. Así las cosas, toda vez que no se trata de un criterio sospechosos o semisospeschoso, el mismo no amerita un juicio integrado de igual y por tanto, no resulta posible la inaplicación por inconstitucionalidad pretendida por la demandante. En ese sentido, el cargo de apelación propuesto no tiene vocación de prosperidad y debe confirmarse la sentencia de primera instancia en el sentido que no se encuentran razones que desvirtúen la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

NOTA DE RELATORÍA: La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. No obstante, suele ocurrir que en la conversión del documento PDF a Word quede con algunas imperfecciones en el texto.

Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333005201800191011500123

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ SALA DE DECISIÓN CUARTA

Magistrado Ponente DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMENEZ

Tunja, diecinueve (19) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACCIONANTE: ELSY CONSTANZA PÉREZ

ACCIONADO: MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL – DEPARTAMENTO DE BOYACÁ –
COMISIÓN

NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (en adelante
CNSC)

RADICACIÓN: 15001-33-33-005-2018-00191-01¹

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la sentencia de fecha 24 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja que **negó** las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1. LA DEMANDA².

1. La señora Elsy Constanza Pérez Rivera, por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, la CNSC y el Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación. Solicitó la declaratoria de nulidad parcial

¹ Acceso al expediente en la plataforma SAMAI [aquí](#).

² Folios 2 al 24 expediente físico.

de la Resolución No. 006270 del 11 de septiembre de 2017 expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá que reconoció y ordenó el ascenso del Grado 2 Nivel A Maestría al Grado 3 Nivel A Maestría y la nulidad de las resoluciones No. 007965 del 30 de octubre de 2017 expedida por la precitada entidad que resolvió el recurso de reposición y concedió el de apelación y la No. CNSC 20182000044535 del 30 de abril de 2018 expedida por la CNSC que resolvió el recurso de apelación confirmando la primera.

2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó como pretensión principal condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la CNSC al reconocimiento y pago del ascenso del Grado 2 Nivel A Maestría al Grado 3 Nivel A Maestría pero con efectos fiscales desde el 1 de enero de 2016, en forma subsidiaria condenar a las entidades demandadas al reconocimiento y pago del precitado ascenso con efectos fiscales desde el 22 de agosto de 2016, al pago de las diferencias que resulten de los valores efectivamente pagados en cumplimiento de lo actos acusados con los reconocidos en la sentencia con los respectivos reajustes, al pago indexado de las condenas, a dar cumplimiento al fallo y en costas procesales.

3. En sustento narró como **hechos relevantes** que:

- Ha prestado sus servicios en el Municipio de Soracá de manera ininterrumpida, en calidad de docente de vinculación nacional desde el 31 de mayo de 2007.
- Se encuentra escalafonada en el Grado 2 Nivel A Maestría contemplado en el Decreto 1278 de 2002.
- Participó en el Proceso de Evaluación con carácter diagnóstico formativo – ECDF – I Cohorte 2015, en la modalidad vídeo, en la que obtuvo resultado no satisfactorio.
- Participó en el Proceso de Evaluación con carácter diagnóstico formativo – ECDF – I Cohorte 2015, en la modalidad curso de formación, el cual cursó y aprobó según certificación expedida el 7 de julio de 2017 por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia
- El 10 de julio de 2017 elevó ante la Secretaría de Educación de Boyacá solicitud para el reconocimiento y pago de su ascenso, la cual fue resuelta mediante Resolución No. 006270 del 11 de septiembre de 2017, con la cual se reconoció su ascenso al Grado 3, Nivel a Maestría con efectos fiscales a partir del 10 de julio de 2017.
- Contra la decisión anterior interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos por la Secretaría de Educación con Resolución No. 007965 del 30 de octubre de 2017, no reponiendo y la CNSC con resolución No. CNSC 20182000044535 del 30 de abril de 2018, confirmando la decisión, respectivamente.

4. Como **normas vulneradas** y explicación del **concepto de violación**, indicó:

- Constitución Política: los artículos 1, 2, 5, 6, 13, 15, 26, 29, 53, 58, 93, 125, 209, 228 y 336.
- Legales: Convenios 12 de 1964 y 151 de 1978 de la Organización internacional del Trabajo, Ley 4ª de 1992, Ley 115 de 1994, Ley 411 de 1997, Ley 715 de 2001, Decreto 1278 de 2002, Decreto 1092 de 2012, Decreto 160 de 2014, Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario 1075 de 2015 Decreto 1757 de 2015, Decreto 1889 de 2015, Decreto 1657 de 2016 y Decreto 1751 de 2016.

5. Argumentó que los actos administrativos demandados incurrieron en vulneración de la constitución y la ley, toda vez que con la expedición de los Decretos 1075 y 1757 de 2015 y 1751 de 2016, que sirvieron como fundamento al acto acusado, el gobierno nacional desconoció los acuerdos sindicales alcanzados con FECODE en el tema de ascenso de docentes, al establecer de manera unilateral una diferenciación injustificada y discriminadora en materia de efectos fiscales entre quienes obtuvieran el ascenso con la ECDF en modalidad vídeo y en modalidad curso de formación. En el mismo sentido señaló que la exagerada e irregular reglamentación expedida en cuanto al cronograma del proceso de la ECDF en las dos modalidades le causó un daño antijurídico al aumentar en más de 12 meses la fecha de efectos fiscales de quienes accedieran al ascenso en la modalidad curso de formación.

6. Adicionalmente indicó que los actos acusados incurrieron en una valoración exegética y subjetiva de lo establecido en la normatividad aplicable al no reconocer el ascenso con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2016, vulnerando así sus derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo, la libertad de escoger profesión u oficio y sus derechos de carrera como empleada pública. Por lo anterior solicitó se aplicara la excepción de inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los decretos que reglamentaron el Proceso de la ECDF reconociéndole efectos fiscales a su ascenso a partir del 1 de enero de 2016.

7. Finalmente alegó que los actos demandados están viciados de nulidad por falsa motivación toda vez que aun cuando demostró cumplir los requerimientos legales para obtener su ascenso con efectos fiscales retroactivos a partir del 1 de enero de 2016, dicho derecho no le fue reconocido.

I.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA³.

³ Folios 283 a 292 expediente físico.

8. En sentencia del 24 de abril de 2019, el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja resolvió:

"PRIMERO. Negar las pretensiones de la demanda, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Condenar en costas a la parte DEMANDANTE (...)" (Negrita del texto original)

9. Para fundamentar su decisión, señaló que se encontró probado que de acuerdo a su fecha de posesión (18 de noviembre de 2005) la demandante se encuentra cobijada por lo dispuesto en el Decreto 1278 de 2002, así mismo que participó en la ECDF, consagrada en los Decretos 1757 de 2015 y 1751 de 2016, evaluación que aprobó en la modalidad de curso de formación, razón por la cual fue expedida la Resolución 006270 del 11 de septiembre de 2017 (acto acusado) en la que se reconoció su ascenso al grado 3 Nivel a Maestría a partir del 10 de julio de 2017, fecha en la que radicó el certificado de aprobación del curso en la entidad nominadora. Así las cosas concluyó que la demandante no ostentaba derechos para que se reconociera su ascenso con efectos fiscales retroactivos a partir del 1 de enero de 2016, en la medida que dicha prerrogativa, en virtud de la normatividad aplicable fue concebida exclusivamente para aquellos docentes que aprobaran la ECDF en la modalidad video y no aquellos que lo hicieran en la modalidad curso de formación, para quienes los efectos fiscales del ascenso corresponderían la fecha de radicación de la certificación de aprobación del curso e la respectiva secretaría de educación.

10. En consecuencia, consideró que cargos de nulidad propuestos por la demandante no tenían vocación de prosperidad, siendo que los mismos estaban orientados a desvirtuar la legalidad de los decretos 1757 de 2015 y 1751 de 2016 y no la de los actos administrativos demandados que fueron expedidos con fundamento en las normas aplicables vigentes que consagraron efectos diferentes para los docentes que aprobaran la ECDF en cada una de las dos modalidades, sin que fuera predicable un trato discriminatorio, pues se encontraban en condiciones diferentes.

I.3. RECURSO DE APELACIÓN⁴.

11. Inconforme con la decisión, la demandante a través de su apoderado judicial, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda. Para fundamentar su dicho manifestó que:

⁴ Folios 295 a 315.

- La sentencia de primer grado no tuvo en consideración la inaplicación por inconstitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 2.4.1.4.5.12. párrafo 4 del Decreto 1075 de 2015 adicionado por el artículo 1 del Decreto 1757 de 2015, pues la diferenciación entre los docentes que aprobaron en la modalidad video y la modalidad curso de formación contenida en la mencionada disposición respecto de los efectos fiscales del ascenso resulta desproporcionada y desigual, siendo que unos y otros culminaron satisfactoriamente la ECDF.
- Respecto de la condena en costas argumentó que la sola denegación de las pretensiones no es óbice para la misma, puesto que es necesario además que se evidencie la mala fe del demandante, el abuso del derecho o la inexistencia de fundamento razonable para entablar la acción, afirmaciones que soportó en jurisprudencia del Consejo de Estado.

II. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

12. Mediante providencia de fecha 3 de septiembre de 2019⁵, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 24 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja y mediante providencia del 23 de septiembre de 2019⁶ se corrió traslado para alegar de conclusión.
13. La parte demandante no se pronunció.
14. El Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación dentro del término legal oportuno presentó sus alegatos de conclusión en los cuales solicitó que se confirme el fallo de primera instancia, habida consideración que los actos administrativos acusados señalaron efectos fiscales del ascenso de la demandante de acuerdo a la normatividad vigente y aplicable y por tanto adolecen de vicios de nulidad.⁶
15. El agente del Ministerio Público con funciones de intervención no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

16. Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática en discusión, la Sala abordará, en su orden, i) lo que se debate en segunda instancia y la formulación del problema

⁵ Folio 322 expediente físico.

⁶ Folio 325 expediente físico.

⁶ Folios 327 a 329 expediente físico

jurídico, *ii*) fundamentos jurídicos de la decisión y, finalmente, *iii*) el estudio y la solución del caso en concreto.

III.1.- LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y EL PROBLEMA JURÍDICO.

1.1. Tesis del juez de primera instancia.

17. Negó las pretensiones de la demanda. Concluyó que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, pues los mismos fueron expedidos con observancia de las normas aplicables al caso, las cuales gozaban de vigencia y cuya inaplicación no resultaba viable, en el entendido que los efectos fiscales retroactivos a partir del 1 de enero de 2016 fueron concebidos de manera exclusiva para aquellos docentes que aprobaran la ECDF en la modalidad vídeo, requisito que no cumplió la demandante, por ende, tratándose de circunstancias diferentes se encontraba justificado el trato diferente.

1.2. Tesis de la apelación.

18. La demandante señaló que se debe revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder a todas las pretensiones de la demanda dado que, la decisión no tuvo en cuenta la necesidad de inaplicar por inconstitucionales las normas en las cuales se fundamentaron los actos administrativos acusados, que establecieron injustificadamente un trato diferenciado en relación con los efectos fiscales del ascenso entre los docentes que habiendo participado en el proceso de ECDF – Cohorte I 2015, aprobaron el mismo bajo la modalidad de vídeo o curso de formación. En igual sentido expuso que para el caso concreto no resultaba procedente la imposición de condena en costas, siendo que, no se demostró la mala fe del demandante, el abuso del derecho o la inexistencia de fundamento razonable para entablar la acción.

1.3. Planteamiento del problema jurídico y tesis general de la Sala.

19. Atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar:

- ¿Es viable la inaplicación por inconstitucionalidad de la norma que reguló un concurso de ascenso de docentes, con dos modalidades de aprobación, en la cual se estableció una diferenciación en cuanto a los efectos fiscales del ascenso entre los docentes que aprobaran en cada una de las modalidades?

- ¿Es procedente la condena en costas en los casos en los cuales no se encontró probada la mala fe de la parte vencida, el abuso del derecho o la inexistencia de fundamento razonable para entablar la acción?

20. La Sala confirmará la decisión de primera instancia por cuanto no se encontraron condiciones desigualitarias que ameriten la inaplicación por inconstitucionalidad de las disposiciones que regularon la ECDF Cohorte I – 2015 en las modalidades vídeo y curso de formación.

III.2.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

2.1. De la excepción por inconstitucionalidad

21. El artículo 4 de la Constitución Política de Colombia prevé que *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”* A partir de esta disposición nace la excepción de inconstitucionalidad como una herramienta jurídica que permite a los operadores judiciales cumplir con la facultad y el deber de inaplicar en un caso concreto una norma por considerar que la misma va en contravía de la constitución.

22. Esta herramienta resulta aplicable incluso sin necesidad que el interesado la alegue o interponga una acción para hacerla efectiva. En palabras de la Corte Constitucional⁷ es una herramienta que *“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”*

23. De acuerdo a la jurisprudencia constitucional⁸ existen tres casos puntuales en los que resulta aplicable la excepción de inconstitucionalidad:

- La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que *“de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de*

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-132 de 2013.

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-599 de 2019

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-103 de 2010

*tutela deberán acompañarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado (...)*¹⁰;

- La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso; o,
- En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento *iusfundamental*. En otras palabras, *"puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales."*⁹

2.1. De la excepción por inconstitucionalidad en materia de igualdad

24. Ahora bien, en punto del derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 superior, se ha establecido por vía jurisprudencial que tiene una naturaleza triple, en el entendido que se trata de un valor, un principio y un derecho fundamental. Es así que de la mencionada disposición constitucional se desprenden diferentes contenidos normativos que la Corte Constitucional ha explicado en el siguiente sentido: *"(i) la igualdad ante la ley, comprendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, previsión que dispone que las actuaciones del Estado y los particulares no deban, prima facie, prodigar tratos desiguales a partir de criterios definidos como "sospechosos" y referidos a razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; y (iii) un mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material, comprendido como el deber de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a los grupos discriminados y marginados, bien sea a través de cambios políticos a prestaciones concretas. A este mandato se integra la cláusula constitucional de promoción de la igualdad, que impone al Estado el deber de proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, al igual que sancionar los abusos que contra ellas se cometan."*¹⁰

25. En concordancia con lo anterior se ha establecido que la igualdad tiene dos dimensiones, la dimensión formal que supone que

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-331 de 2014.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 2011, reiterada en las sentencias C519 de 2019 y C-210 de 2021.

"la ley debe ser aplicada del mismo modo a todas las personas", lo cual "se traduce, asimismo, en una prohibición de discriminación 'por razones de sexo, ideología, color de piel, origen nacional o familiar u otros similares'"¹¹ y la dimensión material que "opera cuando por las condiciones de los sujetos implicados en la regulación, se torna imperativo discriminar positivamente"¹⁴.

26. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la igualdad es un criterio relacional en la medida en que, sobre la base de que ninguna persona, grupo o situación es idéntica, esta pregona por un trato igualitario a los iguales y desigual a los desiguales. Por lo anterior, ha expuesto que del principio de igualdad se derivan los siguientes cuatro mandatos: *"(i) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras"*¹²

27. En ese sentido, un trato disímil entre personas no necesariamente es contrario a la Constitución. Ello dependerá de que este sea razonable y proporcional, esto es, de que no suponga *"una afectación intensa e insoportable de un derecho, garantía o posición jurídica reconocida por la Constitución"*.¹³

28. En el punto de los criterios con los cuales se establece una diferenciación entre personas, se ha establecido jurisprudencialmente que existen criterios sospechosos por ser potencialmente discriminatorios, que en principio están constitucionalmente prohibidos y criterios semisuspechosos que son aquellos que aunque reúnen algunas características para considerarse sospechosos y pueden generar discriminación, son categorías problemáticas que no pueden considerarse radicalmente como neutrales o como sospechosas.

29. La Corte Constitucional ha señalado que los criterios de diferenciación resultan sospechosos cuando se encuentra: *"(i) [Q]ue se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; además (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; en tercer término, esos puntos de vista (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible*

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2021

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-213 de 2011

¹² Corte Constitucional, sentencia C-015 de 2014

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 2011.

efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. Finalmente, (iv) en otras decisiones, esta Corporación ha también indicado que los criterios indicados en el artículo 13 superior deben también ser considerados sospechosos, no sólo por cuanto se encuentran explícitamente señalados por el texto constitucional, sino también porque han estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias.”¹⁴

30. Con el fin de determinar si un criterio de diferenciación es acorde o no a la Constitución política se ha establecido el juicio integrado de igualdad como metodología que debe ser usada por los jueces cuando deben resolver casos en los cuales presuntamente se ha infringido el principio y derecho fundamental a la igualdad.

31. Esta metodología, en un primer estadio, *“verifica la existencia de una afectación prima facie al principio de igualdad”¹⁸* y, en un segundo estadio, determina si dicha afectación *“se encuentra constitucionalmente justificada”¹⁵*.

32. El máximo tribunal constitucional ha establecido que: *“A efectos de verificar la afectación prima facie a la igualdad, en primer lugar, se debe hacer un juicio de valor sobre “cuál característica o propiedad resulta relevante para establecer el examen de igualdad por parte del juez”; en otras palabras, se debe establecer “el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis”, conforme al cual “se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza”. En segundo lugar, es necesario definir “si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe realmente un trato igual o diferenciado”. La determinación del criterio de comparación en el primer paso es un ejercicio de gran complejidad. Ello, principalmente, porque “desde un punto de vista ontológico, todos los sujetos, situaciones y cosas se pueden describir con diferencias y similitudes”. Es equivocado establecer un criterio con base en factores muy genéricos, como también lo es establecerlo a partir de factores muy específicos. De allí que, cuando se discuta un trato normativo diferenciado, es “indispensable precisar [el] objetivo [de la norma] y, luego de ello, establecer cuál es el criterio de comparación relevante”.”¹⁶*

33. De concluirse que, en efecto, se trata de grupos o personas asimilables que reciben un trato diferenciado, es decir, que existe una afectación prima facie a la igualdad, debe verificarse si dicha afectación está constitucionalmente justificada. Para ello, el juez debe fijar *“la intensidad del juicio, en atención a tres niveles: débil,*

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-093 de 2001.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-433 de 2021.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-109 de 2022

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-433 de 2021.

intermedia, o estricta [...] a partir del grado de margen de configuración que la Constitución Política reconoce al legislador y a la administración".²¹ La Corte ha establecido los siguientes criterios orientadores para precisar el grado de margen de configuración del test: "(i) la materia regulada, (ii) los principios constitucionales o derechos fundamentales comprometidos y (iii) los grupos de personas perjudicados o beneficiados con la medida sometida a escrutinio"¹⁷

2.3. Caso concreto.

34. Como se dijo, las inconformidades expuestas en el recurso de apelación gravitan en torno a sostener que, contrario a lo concluido por el a quo, i) debió aplicarse la excepción por inconstitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 2.4.1.4.5.12. párrafo 4 del Decreto 1075 de 2015 adicionado por el artículo 1 del Decreto 1757 de 2015, siendo que estableció una diferenciación injustificada entre los docentes que participaron en la ECDF 2015 en cuanto a los efectos fiscales del ascenso para los docentes que aprobaran en una u otra modalidad. ii) no es procedente la condena en costas, toda vez que no se demostró que la demandante haya obrado de mala fe, abusado del derecho o interpuesto la acción sin fundamento razonable.

35. Cabe mencionar que en el sublite no se estudiaran las condiciones específicas de la demandante frente a las condiciones de aprobación de la ECDF, pues las mismas no fueron discutidas en el recurso de apelación, la Sala se pronunciará exclusivamente respecto de la viabilidad de aplicar la excepción por inconstitucionalidad en el caso concreto.

36. Establecido lo anterior procede la Sala a analizar cada uno de los cargos de apelación.

En cuanto a la excepción por inconstitucionalidad:

37. Afirmó el apelante que la sentencia de primer grado incurrió en una omisión al no tener en cuenta la excepción por inconstitucionalidad propuesta en la demanda y ordenar la inaplicación de la disposición contenida en el artículo 2.4.1.4.5.12. párrafo 4 del Decreto 1075 de 2015 adicionado por el artículo 1 del Decreto 1757 de 2015, la cual dispuso: "**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**

¹⁷ Íbid.

ascendido según lo establecido en la presente Sección.” (resalta la Sala)

38. Consideró la demandante que la condición que debía aplicarse a su situación particular corresponde con la establecida en el párrafo 4 del artículo 2.4.1.4.5.11 que dispuso: **“La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente *surtirán efectos fiscales a partir de 1 de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.*”**

39. Desde su óptica, siendo que aprobó la ECDF 2015 en la modalidad curso de formación, en las mismas condiciones que aquellos docentes que la aprobaron en la modalidad video, por tratarse de un solo momento evaluativo, tiene derecho a que los efectos fiscales de su ascenso sean reconocidos a partir del 1 de enero de 2016, pues de lo contrario, se estarían imponiendo cargas que no está en el deber de soportar y se le estaría dando un trato injustificadamente desigual.

40. Como se mencionó líneas atrás, con el fin de determinar la viabilidad de aplicar excepciones por inconstitucionalidad cuando se presume vulnerado el derecho a la igualdad, es necesario establecer si, para el caso concreto, existen criterios de diferenciación que resulten sospechosos o semisuspechosos que deban ser ponderados.

41. En el caso concreto se tiene que el criterio de diferenciación plasmado en las precitadas disposiciones se basó en la forma de aprobación de la ECDF 2015 que se llevó a cabo luego de sendas negociaciones entre el gobierno nacional y los sindicatos docentes con el fin de garantizar que aquellos docentes que no habían logrado el ascenso en el escalafón entre 2010 y 2014 accedieran a éste.

42. La ECDF fue concebida para que los docentes que participaran en ella contaran con dos oportunidades de aprobación, la primera modalidad consistía en una evaluación que, entre otros ítems, incluyó la presentación de un vídeo de una clase dictada por el docente, el cual sería valorado por pares académicos, quienes aprobaran esta primera fase de evaluación obtendrían el ascenso en el escalafón con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2016.

43. Para quienes no aprobaran en esta modalidad, se previó un segundo momento evaluativo o segunda modalidad de evaluación que consistió en cursar y aprobar un curso de formación, con el cual se obtendría el ascenso con efectos fiscales a partir de la fecha en la cual el docente presentara el certificado de aprobación del curso ante su nominador.

44. La Sala encuentra que el criterio de diferenciación no resulta sospechoso o aun semisuspechoso, en el sentido en que no cumple con ninguno de los requisitos previamente mencionados para considerarse como tal¹⁸, siendo que la diferenciación establecida se fundamenta en una condición exclusivamente relacionada con el mérito, en el sentido que se establecen condiciones más favorables para aquellos docentes que superaran el primer momento evaluativo y una menos favorable para aquellos que requirieron una segunda oportunidad para aprobar la ECDF.

45. Así las cosas, toda vez que no se trata de un criterio sospechosos o semisuspechoso, el mismo no amerita un juicio integrado de igual y por tanto, no resulta posible la inaplicación por inconstitucionalidad pretendida por la demandante. En ese sentido, el cargo de apelación propuesto no tiene vocación de prosperidad y debe confirmarse la sentencia de primera instancia en el sentido que no se encuentran razones que desvirtúen la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

De las costas en primera instancia:

46. Alegó la apelante que, contrario a lo concluido por el juez de instancia, no era procedente la condena en costas, en el sentido que no se había demostrado que hubiese actuado de mala fe, abusando del derecho o sin fundamento legal.

47. Para el efecto la Sala recuerda que, el artículo 188 del CPACA disponía que *“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 Código de Procedimiento Civil”*. El estatuto procesal civil, dispone en su artículo 365 que:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. (...)”

¹⁸ Ver párrafo 29

48. En el sublite, siendo que las pretensiones de la demanda no prosperaron y se evidenció la participación de la parte demanda con la presentación de contestación de la demanda y alegatos de conclusión por parte de la CNSC y el Departamento de Boyacá, se causaron costas, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del CGP antes citado.

49. Así las cosas, la Sala considera que no le asiste razón a la apelante, puesto que, aun cuando no se encontraran demostradas la mala fe o la temeridad, las costas, como lo afirmara el juez de instancia se causaron. En ese sentido se confirmará la decisión de primera instancia.

2.4 Costas en segunda instancia

50. De acuerdo con el artículo 188 del CPACA (adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021), en concordancia con los numerales 1.º y 8.º del artículo 365 del CGP, no se dictará condena en costas en la medida que la apelación no careció de sustento legal.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **FALLA:**

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 24 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO.- SIN condena en costas en esta instancia.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y de ello déjese registro en el Sistema "SAMAI".

Esta Sentencia fue estudiada y aprobada en Sala de Decisión Cuarta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente en SAMAI)
DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMENEZ
Magistrado

(Firmado electrónicamente en SAMAI)

NÉSTOR ARTURO MÉNDEZ PÉREZ
Magistrado

(Firmado electrónicamente en SAMAI)
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

PVN