



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente	Carlos Leonel Buitrago Chávez
Radicación	19001-23-33-001-2020-00549-00
Referencia	Control Inmediato de Legalidad
Acto	Resolución 168 del 31 de julio de 2020, expedida por la Contraloría General del Cauca

Mediante correo electrónico de la fecha, pasa el asunto de la referencia para considerar el trámite del Control Inmediato de Legalidad frente a la Resolución 168 del 31 de julio de 2020, expedida por la Contraloría General del Cauca.

Por ello, al ser esta Corporación competente en los términos del artículo 151-14 del CPACA, resulta necesario avocar el conocimiento e impartir el trámite previsto en el artículo 185 *ib.*

De otro lado, el numeral 2° *ib.*, establece que *“el Ponente ordenará que se fije en la Secretaría un aviso sobre la existencia del proceso, por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo. Adicionalmente, ordenará la publicación del aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”*; lo cierto es que, dada la coyuntura actual de aislamiento preventivo obligatorio dispuesto por el Gobierno Nacional, es evidente que tal aviso no cumpliría en debida forma con la finalidad última de dar a conocer el inicio del presente proceso.

De esta manera, además de la fijación del aviso ordenada por ley, y de la publicación dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura para dicho fin, así como en el espacio web del Tribunal Administrativo del Cauca Tribunal Administrativo del Cauca (al cual se acceden en la página www.ramajudicial.gov.co – *“tribunales administrativos” –departamento del cauca- “secretaría” - “Aviso a las comunidades”*, y www.ramajudicial.gov.co – *“tribunales administrativos” –departamento del Cauca - “Despacho 01 Dr. Carlos Leonel Buitrago Chávez” - “Aviso a las comunidades”*); se ordenará a la Contraloría General del Cauca que haga lo propio en su página web.

Finalmente, como el presente asunto se está tramitando a través de medios electrónicos, se considera necesario aclarar que el traslado al Ministerio Público para que rinda su concepto de fondo (art. 185-5 del CPACA), se hará esa vía, esto es, por correo electrónico.

En consecuencia,

SE DISPONE:

PRIMERO: AVOCAR el conocimiento de Control Inmediato de Legalidad, contenido en el artículo 136 del CPACA, frente a la Resolución 168 del 31 de julio de 2020, expedida por la Contraloría General del Cauca.

SEGUNDO: INFÓRMESE a la comunidad sobre la existencia de este proceso, para lo cual se fijará un aviso, por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo.

La Secretaría de la Corporación publicará el aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dispuesto para dicho fin con el Consejo Superior de la Judicatura, así como también en el enlace del Tribunal Administrativo del Cauca www.ramajudicial.gov.co – “tribunales administrativos” –departamento del -cauca- “secretaría” - “Aviso a las comunidades”, y www.ramajudicial.gov.co – “tribunales administrativos” – departamento del Cauca - “Despacho 01 Dr. Carlos Leonel Buitrago Chávez” - “Aviso a las comunidades”-.

Del mismo modo, el contralor general del Cauca, efectuará la fijación del aviso en la página web de la entidad.

TERCERO: NOTIFICAR a la representante del Ministerio Público, delegada ante esta Corporación, para lo cual se le remitirá copia virtual de la presente providencia y del acto objeto de control.

CUARTO: ORDENAR a la Contraloría General del Cauca, que en el término de 10 días, remita íntegramente el expediente administrativo que tenga en sus respectivos archivos.

QUINTO: Vencido el término de publicación del aviso, se remitirá el expediente al Ministerio Público para que, dentro de los diez (10) días siguientes, rinda su concepto de fondo en los términos del artículo 185-5 del CPACA. Tanto el traslado como la respuesta se efectuarán a través de correo electrónico.

SEXTO: Cumplido lo anterior, pase el asunto a Despacho para decidir lo que en derecho corresponda.

Radicación
Referencia
Acto

19001-23-33-001-2020-00549-00
Control Inmediato de Legalidad
Resolución 168 del 31 de julio de 2020, expedida por la Contraloría General del Cauca

SÉPTIMO: Las comunicaciones, oficios, memoriales, escritos, conceptos, pruebas documentales y demás, con ocasión del presente trámite judicial, se recibirán **EXCLUSIVAMENTE** en el correo electrónico: stadmcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, consisting of several vertical strokes followed by a large, sweeping flourish that extends to the right.

CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: JAIRO RESTREPO CÁCERES

Expediente: 19001 23 33 005 2020 00547 00

Demandante: DEPARTAMENTO DEL CAUCA

Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN

Medio de Control: EXEQUIBILIDAD

De conformidad con el artículo 121 del Código de Régimen Político Municipal, fíjese el negocio en lista por el término de diez (10) días, durante los cuales el Procurador Judicial en Asuntos Administrativos y cualquier otra autoridad o persona podrá intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acto y solicitar la práctica de pruebas.

Comuníquese al Señor Alcalde Municipal de Popayán (Cauca) la admisión de la demanda.

Notifíquese personalmente al señor Procurador Judicial en Asuntos Administrativos. (Art. 303 CPACA)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El Magistrado,

JAIRO RESTREPO CÁCERES

Expediente: 19001 23 33 005 2018 00040 00
Demandante: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
Demandado: MUNICIPIO DE ALMAGUER
Medio de Control: EXEQUIBILIDAD

Firmado Por:

JAIRO RESTREPO CACERES
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

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

Código de verificación:

ea85c6b6a0446c8afa914941c6903ddebaa91db1d8ee4fbb72cdc22e1694c8

19

Documento generado en 12/08/2020 11:48:24 a.m.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020)

Magistrado ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez
Expediente: 19001-33-33-001-2020-00087-01
Demandante: Orlando Espinoza Benachí
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Auto nro. 352

Decídese el impedimento manifestado por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Popayán dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Mediante auto del 29 de julio de 2020, el Juez Primero Administrativo del Circuito de Popayán, declaró su impedimento y el de los demás jueces para conocer del presente proceso, porque se encuentra en una situación fáctica semejante a la planteada en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, donde se pretende la reliquidación y pago de todas las prestaciones sociales devengadas y las que a futuro se causen, como consecuencia de la inclusión de la BONIFICACIÓN JUDICIAL MENSUAL.

Que se configura la causal 1ª del artículo 141 del CGP, teniendo en cuenta el interés directo que puede generar el resultado del proceso. De igual forma, indicó que todos los jueces administrativos del Circuito de Popayán, se encuentran inmersos en la misma causal de impedimento.

2. Que debía darse trámite al impedimento en los términos del numeral 2º del artículo 131 del CPACA¹.

¹ "Artículo 131.-Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observara las siguientes reglas:

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto"

CONSIDERACIONES

3. El Juez Primero Administrativo del Circuito de Popayán, declaró su impedimento y el de los demás jueces administrativos del circuito de Popayán, argumentando que están inmersos en la causal contenida en el numeral 1° del artículo 141 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta el interés directo que puede generar el resultado del proceso.

4. Si bien, en principio, el interés alegado por el juez podría extenderse a los integrantes del Tribunal Administrativo del Cauca, lo cierto es que en los términos del inciso 4° del artículo 142 del CGP -aplicable por remisión expresa el 306 del CPACA-, *“No serán recusables ni podrán declararse impedidos los magistrados o jueces a quienes corresponde conocer de la recusación, ni los que deben dirimir los conflictos de competencia, ni los funcionarios comisionados”*.

5. De esta manera, al no ser procedente en este trámite procesal la declaratoria de impedimento, la Sala Plena del Tribunal² estudiará si se configura o no la causal alegada por la jueza.

6. El impedimento y la recusación constituyen mecanismos orientados a garantizar el principio de imparcialidad, por lo que se ha tenido como elemento central, la interpretación restrictiva de su alcance y la taxatividad de sus causales, en el entendido de que el juez que decida apartarse de una determinada controversia, debe explicar, justificar y comprobar la situación fáctica frente a la causal alegada.³

7. En efecto, el artículo 141 del Código General del Proceso, señala como causal de recusación la de *“tener el juez, su cónyuge, compañero permanente*

² Así lo concluyó esta Corporación en auto del 12 de agosto de 2019, radicado: 19001-33-31-005-2015-00344-01, M.P. Carlos Leonel Buitrado Chávez, al indicar:

“En estas condiciones, entonces, el nombre “tribunal” que se utiliza en el numeral 2° del artículo 131 del CPACA, no puede dársele una interpretación restrictiva para nombrar exclusivamente al magistrado ponente o a la sala de decisión y, por tanto, es razonable entenderlo como a toda la corporación, es decir, a la Sala Plena. Interpretación esta que, además, sería más coherente con el sistema jurídico teniendo en cuenta que con ello se unificarían criterios, evitando decisiones contrarias sobre un tema que involucra, según lo dicho, el debido proceso y la imparcialidad de la administración de justicia, la cual constituye un derecho fundamental de los usuarios y un principio funcional de la Rama Judicial (arts. 29 y 128 ss C.Po.).

5.1.5. De esta se unifica el criterio en este tipo de asuntos, en el sentido de indicar que los impedimentos conjunto de los jueces, los debe resolverlo la Sala Plena de este Tribunal”.

³ Cfr. Sentencia del 21 de abril 2009, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad. 11001-03-25-000-2005-00012-01.

o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso”.

8. La bonificación judicial solicitada por la parte demandante como factor para todos los efectos salariales y prestacionales tiene su origen en el Decreto 383 del 06 de marzo de 2013:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”(Lo subrayado es nuestro)

9. Se tiene que el reconocimiento de la bonificación salarial como factor salarial que demanda la parte actora, puede ser reclamado por cualquier juez de la república, quienes son también destinatarios de las normas que establecen a su favor el derecho a dicha prestación. Así, resulta procedente aceptar el impedimento de los jueces administrativos de este circuito judicial.

10. De igual manera, dado que el numeral 2 del artículo 131 del CPACA⁴ dispone que en casos como el aquí debatido, debe designarse juez *ad hoc* para que conozca del proceso, se debe remitir el presente proceso a la secretaría de esta Corporación, con el fin de que realice el sorteo tendiente a designar el conjuer que conocerá del mismo.

DECISIÓN

En mérito a lo expuesto, se RESUELVE:

PRIMERO.- ACEPTAR el impedimento formulado por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Popayán y el de todos los Jueces Administrativos de Popayán, por encontrarse inmersos en la causal de impedimento y recusación del numeral 1° del artículo 141 del Código General

⁴ Frente a los impedimentos y recusaciones de los Jueces Administrativos ante esta Jurisdicción, la Ley 1437 del 2011, establece en su artículo 131 lo siguiente:

“ART. 131.- Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observara las siguientes reglas:

(...)

2. si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuer para el conocimiento del asunto (...).”

del Proceso y, en consecuencia, separarlos del conocimiento del asunto de la referencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría de esta Corporación, realícese el sorteo tendiente a designar el juez *Ad Hoc* que conocerá del mismo.

TERCERO.- Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente y déjese constancia en los libros respectivos y en el Sistema de Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO



JAIRO RESTREPO CÁCERES



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020)

Magistrado ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez
Expediente: 19001-33-33-007-2018-00315-01
Demandante: Alina Melenje Muñoz
Demandado: Departamento del Cauca
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Auto nro. 358

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del auto del 13 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, que declaró probada las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de petición previa frente a la pretensión subsidiaria de nivelación salarial y la de caducidad del medio de control.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

ALINA MELENJE MUÑOZ solicitó la nulidad del oficio 4.8.2.3.257 de mayo de 2018, mediante el cual la Secretaría de Educación Departamental de Salud del Cauca, le negó la inscripción y/o ascenso al Escalafón Docente Nacional del Magisterio regido por el Decreto 2277 de 1979.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se condenara a la demandada a realizar la inscripción y/o ascenso en el Escalafón Docente Nacional del Magisterio regido por el Decreto No. 2277 de 1979; a pagar el retroactivo salarial y prestacional adeudado con ocasión de la falta del correspondiente ascenso; y a realizar la liquidación de sus prestaciones sociales, así como la actualización de tales sumas.

De manera subsidiaria solicitó el reconocimiento de la nivelación salarial conforme los decretos salariales para etnoeducadores que expide el Gobierno Nacional a través del Departamento de la Función Pública y según el título académico obtenido por la actora.

Como fundamento de sus pretensiones, explicó que ostentaba la calidad de docente etnoeducadora, vinculada en propiedad por el Departamento del Cauca en aplicación de lo estipulado en el Decreto 804 de 1995.

Que solicitó el ascenso al escalafón docente de conformidad con el Decreto 2277 de 1979; sin embargo, su petición fue despachada de manera desfavorable mediante oficio No. 44.8.2.3-48-058, donde se argumentó que no era posible ejecutar su ascenso, debido a que el legislador no había expedido un estatuto especial para etnoeducadores de conformidad con lo resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-208 de 2007.

Sostuvo que la Ley 115 de 1994, aplicable a su caso, establecía que la vinculación, administración y formación de los etnoeducadores, se efectuaría con las normas vigentes, aplicables para dichos grupos, esto es – *específicamente* – el Decreto 2277 de 1979.

2. El auto apelado.

Con auto Interlocutorio nro. 223 de 13 de febrero de 2020, dictado en el trámite de la audiencia inicial, la *A quo* declaró probada la excepción de ineptitud sustancial por falta de petición previa respecto de la pretensión subsidiaria de nivelación salarial; integró la proposición jurídica en el sentido de tener como acto administrativo demandado la Resolución nro. 11179-2013 de 3 de diciembre de 2013, en cuanto advirtió expresamente que la actora no sería inscrita en el escalafón docente a falta de norma aplicable a su situación; acto frente al cual declaró probada de oficio la excepción de caducidad, por lo que procedió a la terminación del proceso.

3. El recurso.

Contra ella la parte demandante propuso la alzada indicando que el acto administrativo se demandó en término.

Que si bien la nivelación salarial no incluyó en la petición elevada ante la entidad, ni tampoco en el trámite de la conciliación prejudicial, al haberse interpuesto como subsidiaria, debía ser tenida en cuenta.

Que como en el presente asunto se discuten derechos de “*comunidades indígenas*”, lo que aunado a que el ascenso y nivelación afecta derechos prestacionales como la pensión y cesantías, permite concluir que no resultaba válido aplicar la caducidad en estos asuntos.

3. Compete a la Sala resolver la alzada, conforme a los artículos 125 y 243 del CPACA.

CONSIDERACIONES

4. La caducidad es entendida como el fenómeno jurídico mediante el cual se limita en el tiempo el derecho a ejercer determinada acción, con lo cual se busca materializar la seguridad jurídica que es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, al tiempo que se asegura la coherencia del sistema jurídico integrando a él el principio general del derecho que proscribe beneficios a partir de la propia negligencia. Por tanto, el acceso a la administración de justicia implica la carga de un ejercicio oportuno de la acción. Bajo el anterior entendido, la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia de Unificación, señaló:

“(...) la expiración del término perentorio fijado por la ley para el ejercicio de ciertas acciones. Este fenómeno tiene ocurrencia por la inactividad, inercia y desidia de los interesados para obtener a través de los mecanismos judiciales el reconocimiento de sus pretensiones. Los términos fijados por la ley se estructuran en una garantía esencial para la seguridad jurídica y el interés general. El plazo de caducidad entonces, incorpora el límite dentro del cual se puede reclamar un específico derecho. Así pues la actitud negligente de quien pretendía hacer valer el derecho no puede ser objeto de protección. El legislador está facultado constitucionalmente para establecer un límite para el ejercicio de las acciones y de los recursos. Por ello, el señalamiento legal de un término de caducidad es el resultado de la necesidad de otorgar certeza jurídica tanto a los ciudadanos como a la comunidad en general, y de esta manera, brindar estabilidad jurídica a las situaciones debidamente consolidadas por el transcurso del tiempo, como en este caso, a los actos administrativos tantas veces referidos. El derecho de acceso a la administración de justicia no es incompatible con la existencia de una institución que establece que quien, gozando de la facultad de ejercer un derecho, opta por la vía de la inacción o de la actuación tardía”.

Ella extingue la acción, no es susceptible de renuncia, opera a partir de la ocurrencia del hecho previsto en la ley o contrato, por regla general no admite suspensión y debe ser declarada aún de oficio cuando quiera se configure en el caso concreto. Sobre el tema, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, en sentencia del 13 de junio de 2013, radicación No.: 07001-23-31-000-2001-01356-01(25712), C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, expuso:

“Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga¹ para que, ante la materialización de un determinado hecho, los interesados actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de sus derechos, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración. Y sobre las características de la figura, la doctrina ha manifestado:

¹ “(...) durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinado acto, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; es lo que se denomina cargas procesales.” DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad Editores, Buenos Aires, Pág. 44.

“a) En primer término, la caducidad produce la extinción de la acción afirmada en cada caso concreto... y del derecho a impedir que se logre su declaratoria oficiosa por no presentación oportuna de la petición necesaria para su reconocimiento.

“b) La caducidad no es susceptible de renuncia, pues transcurrido el tiempo automáticamente genera todos sus efectos. De ahí que, aún cuando el posible favorecido con la eficacia de la caducidad quisiera no tenerla en cuenta, el juez de todas maneras la declarará oficiosamente...

“c) La caducidad, cuando se trata de computar el término respectivo, no se fija en la noción de exigibilidad de la obligación, como sí ocurre respecto de la prescripción, sino en la ocurrencia del hecho previsto en la ley o contrato, para que empiece el inexorable curso del plazo.

“d) La caducidad por regla general no admite suspensión del término, que corre en forma perentoria...².”

En lo pertinente a este caso, el artículo 164 del CPACA, sobre el tema, prevé que *“d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales”.*

Con todo, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, sobre la suspensión del término de la caducidad, prevé: *“La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.*

De manera que una vez presentado el escrito de conciliación extrajudicial, el término de la caducidad de la acción se suspenderá, según lo que ocurra primero, hasta tanto se expida la correspondiente certificación de agotamiento del requisito de procedibilidad o venzan los tres (3) meses de que dispone el conciliador para realizar la audiencia, circunstancia que habilitará al interesado para acudir a la administración de justicia para que esta resuelva su contienda jurídica. De allí que la suspensión no siempre sea de tres meses, pues, bien puede ocurrir que la certificación se expida con anterioridad y en ese evento sería inferior.

² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil Parte General. Tomo I. Bogotá. Ed. Dupre. 2002. Pág. 507.

Tal es la correcta interpretación de la norma en comento, ya que en esta la “o” es disyuntiva, es decir, que la suspensión ocurre cuando quiera que acaezca uno de los dos eventos que relaciona: se expida el certificado o venzan tres meses, y no exige que deban presentarse ambos simultáneamente, y para zanjar cualquier discusión utiliza la expresión “*lo que ocurra primero*”.

5. Según se vio, en el auto apelado se declaró probada la excepción de ineptitud sustancial por falta de petición previa respecto de la pretensión subsidiaria de nivelación salarial; integró la proposición jurídica en el sentido de tener como acto administrativo demandado la Resolución nro. 11179-2013 de 3 de diciembre de 2013, en cuanto advirtió expresamente que la actora no sería inscrita en el escalafón docente a falta de norma aplicable a su situación; acto frente al cual declaró probada de oficio la excepción de caducidad, por lo que procedió a la terminación del proceso.

5.1. En primer lugar, frente a la ineptitud sustantiva de la demanda por indebido agotamiento de la vía administrativa, al no haberse incluido la pretensión subsidiaria de nivelación, que sí consignó en la demanda, se tiene que el Consejo de Estado ha precisado que debe existir congruencia entre los hechos y argumentos presentados en sede administrativa y los planteados en la demanda. Esto es, se pueden incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho, pero no nuevas o distintas pretensiones a las que se discutieron en vía administrativa³. Lo que propende porque no se varíe la *causa petendi*, y la administración haya tenido oportunidad de conocer y corregir sus actuaciones antes de acudir a las instancias judiciales⁴.

Como lo indicó la *a quo*, la pretensión subsidiaria de nivelación salarial planteada en la demanda, no fue incluida como tal en vía administrativa; lo que impide que pueda tenerse como tal en el trámite judicial, hasta tanto se le conceda a la administración la oportunidad de pronunciarse sobre ella.

Por ello se confirmará en este punto el auto recurrido.

5.2. Ahora bien, sobre la excepción de caducidad, se tiene lo siguiente:

Mediante Resolución nro.11179-2013 de 03 de diciembre de 2013 (fol. 10-15) y en acatamiento de la sentencia T-049/13, proferida por la Corte Constitucional, se efectuó, entre otros, el nombramiento en propiedad de la

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 19 de febrero de 2015, C.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado: 25000232500020040024701(1886-2012).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 15 de septiembre de 2016, C.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación número: 05001-23-31-000-2009-0700998-01(20848).

etnoeducadora ALINA MELENJE MUÑOZ. Allí, frente a la inscripción en el escalafón docente, se consignó lo siguiente:

“(...) Que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-208 de 2007, al estudiar el tema etnoeducativo, con ocasión de la acción pública de inconstitucionalidad promovida contra el Decreto Ley 1278 de 2002, “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”, en el cual analizó si el acceso a la carrera docente a través del concurso público de méritos le era aplicable a las comunidades indígenas, determinó la exequibilidad de la norma en comentario “siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias”, es decir los artículos 55 a 63 de la Ley 115 de 1994 y el Decreto 804 de 1995.

Que para el caso de la inscripción en el Escalafón docente de los docentes etnoeducadores de comunidades indígenas, la Corte Constitucional en Sentencia C208 del 2007 expresó que las disposiciones aplicables serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias, mientras el legislador procede a expedir un Estatuto de Profesionalización Docente que regule de manera especial la materia; razón por la cual no es posible aplicarle a los docentes nombrados en propiedad mediante el presente acto administrativo, las normas del Decreto 1278 de 2002 para efectos de inscripción y registro en el citado Escalafón.”

Con fundamento en lo anterior, en el párrafo segundo del artículo segundo, se dispuso lo siguiente

“PARÁGRAFO SEGUNDO: los docentes etnoeducadores nombrados en propiedad mediante el presente acto administrativo en cumplimiento de una orden judicial NO serán inscritos en el escalafón docente, por la inexistencia de normatividad aplicable para tal situación, de acuerdo a lo establecido por la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C 208 de 2007.”

Posteriormente, con oficio de 1° de diciembre de 2017, radicado ante la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Cauca, la actora formuló petición de inscripción y/o ascenso en el escalafón docente; la que fue resuelta de manera negativa mediante el oficio No. 4.8.2.3.257 del 04 de mayo de 2018 (fol. 8-9), bajo el entendido de *“que no es viable efectuar trámites de administración de carrera en el Escalafón Nacional Docente teniendo en cuenta lo decantado por la Corte Constitucional – al indicar que deben aplicarse las normas contenidas en la ley General de Educación, el Decreto 804 de 1995 y demás normas complementarias, las cuales no reglamentan lo correspondiente al Escalafón Nacional Docente, caso diferente es que para efectos de asignar un salario determinado es necesario*

asignarle al funcionario docente un grado de escalafón correspondiente a los títulos que demuestre ostentar al momento de la posesión. En ningún caso esta clasificación implica inscripción en el escalafón nacional docente o acceso a los derechos de carrera”.

5.2.1. En casos de condiciones fácticas semejantes, este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de indicar que, al no existir una posición unificada sobre la materia, no se cuenta con los elementos suficientes para decretar, en esta etapa procesal, la caducidad del medio de control. Al respecto el auto de 20 de febrero de 2020⁵, puntualizó:

“Se tiene entonces, que la pretensión del educador, en principio es la inscripción en el escalafón nacional docente, en la medida que le fue negado bajo el argumento que los etnoeducadores no ostentaban derechos ni garantías de carrera docente; Esa negativa por el hecho de definir la situación del actor y que no corresponde a una prestación periódica, está sometida al término de cuatro meses para ser demandada.

No obstante, no significa que no pueda elevar nueva petición en busca del derecho pretendido, pues en lo que corresponde al escalafón docente y como ya se hizo referencia, los ascensos están sujetos a la experiencia y a la demostración de capacitaciones del educador que busca una nueva evaluación para ascender. En tal sentido, el docente puede elevar diferentes peticiones si encuentra que ha acreditado los requisitos para un ascenso.

(...)

Así las cosas, considerar que el etnoeducador hoy demandante puede aspirar por una vez a la inscripción en el escalafón, cuando la jurisprudencia citada refrenda el derecho a la igualdad de estos docentes frente a la forma de vinculación al servicio educativo estatal, resulta violatorio del acceso a la administración de justicia”.

En providencia de 21 de febrero de 2020⁶, se recalcó:

“Justipreciados los elementos fácticos y jurídicos expuestos en precedencia, ésta Corporación considera que en este estadio procesal, debe aplicarse los principios pro actione y pro damnato⁷, en aras de garantizar el derecho de

⁵ Tribunal Administrativo del Cauca, auto de 20 de febrero de 2020, MP. Naun Mirawal Muñoz Muñoz, expediente: 19001-33-33-009-2019- 00058-01.

⁶ Tribunal Administrativo del Cauca, auto de 21 de febrero de 2020, MP. Jairo Restrepo Cáceres, expediente: 19001-33-31-002-2019-00023-01.

⁷ El denominado principio “pro damnato”, o principio “pro proceso”, es una regla de derecho que ha sido adoptada por el Consejo de Estado desde hace aproximadamente veinte años según la cual se “busca aliviar los rigores de las normas que consagran plazos extintivos para el ejercicio de las acciones y aboga por la cautela y el criterio restrictivo con el que deben interpretarse y aplicarse dichas normas.”

La aplicación de este principio pretende evitar que las circunstancias específicas que rodean cada caso en particular puedan llegar a restringir el derecho de acceso a la administración de justicia cuando no se tiene la certeza sobre la configuración de rechazo pertinente. En otros términos, “en caso de duda sobre el cumplimiento de los requisitos o presupuestos de la demanda o del medio de control, este principio permite que la misma (la demanda) se admita sin perjuicio de que el juez en momento procesal posterior y previo análisis del material probatorio, vuelva sobre el punto y decida sobre el mismo”.

acceso a la administración de justicia de la parte actora, y la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, que imponen que, cuando no exista certeza sobre la fecha a partir de la que corresponde empezar a contar el término de caducidad, se continúe con el trámite del proceso, sin perjuicio de que el Juez, luego del acopio de pruebas, en el momento procesal oportuno según las normas del CPACA o en la decisión que adopte de fondo, aborde de nuevo el asunto y declare la caducidad del medio de control, si se demuestra que dicho fenómeno se había configurado al momento de instaurar la demanda.

Corolario de lo expuesto, la Sala procederá a revocar el Auto Interlocutorio No. 874 mediante el cual se declaró la caducidad del medio de control, y en su lugar, se ordenará a la A quo continuar con el trámite de la demanda, previniendo que en el momento en que exista certeza frente a que estatuto debe aplicarse en materia de inscripción y ascenso en el escalafón docente, o si ninguno le es aplicable a la demandante - de manera transitoria -, podrá abordar de nuevo el asunto, y de encontrarse configurado, declarar la caducidad del medio de control de la referencia.”

Y en auto de 04 de marzo de 2020⁸, se reiteró que “*mal haría en confirmar la caducidad del medio de control, cuando el mismo órgano vértice de la jurisdicción ha manifestado la inexistencia de un criterio unificado en punto al estatuto que debe aplicarse en materia de inscripción y ascenso en el escalafón docente de los etnoeducadores, de modo tal que concluir que la etnoeducadora -hoy demandante- puede aspirar por una vez a la inscripción en el escalafón, podría resultar atentatorio de su derecho al acceso a la administración de justicia”.*

5.2.2. De manera que, en criterio de esta Corporación, al considerar que los etnoeducadores pueden aspirar por una única vez a la inscripción en el escalafón, cuando la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado refrendan el derecho a la igualdad de estos docentes frente a la

Este principio constituye una excepción a la aplicación rigurosa de normas procesales, pues posibilita al juez a interpretarlas de manera más flexible, acorde con la finalidad que se quiere lograr, es decir, la prevalencia del derecho sustancial⁷, así lo refrenda el Consejo de Estado:⁷

“El principio pro damnato “[...] busca aliviar los rigores de las normas que consagran plazos extintivos para el ejercicio de las acciones y aboga por la cautela y el criterio restrictivo con el que deben interpretarse y aplicarse dichas normas [...]”, e involucra razones de equidad y seguridad jurídica, pues atiende las circunstancias particulares que rodean el caso para no restringir el derecho al acceso a la administración de justicia cuando no se tiene la certeza sobre la configuración de la causal de rechazo pertinente.

En efecto, en caso de duda sobre el cumplimiento de los requisitos o presupuestos de la demanda o del medio de control, este principio permite que la misma se admita sin perjuicio de que el juez en momento procesal posterior y previo el análisis del material probatorio, vuelva sobre el punto y decida sobre el mismo”.

Finalmente se previene que el principio *in dubio Pro Actione*, indica que en caso de duda en relación con el cumplimiento de los requisitos de la demanda, ésta debe resolverse atendiendo a la interpretación más favorable al derecho de acción, al derecho del interesado, y en ese orden de ideas se admita la demanda y se produzca un fallo de mérito.

⁸ Tribunal Administrativo del Cauca, auto de 04 de marzo de 2020, M.P: Carlos Hernando Jaramillo Delgado, radicado: 19001 33 33 007 2019 00065-00.

forma de vinculación al servicio educativo estatal; limita injustificadamente el acceso a la administración de justicia.

5.2.3. En efecto, no existe reglamentación que regule y permita a la etnoeducadora ser inscrita y ascender en el escalafón docente; sin embargo, en la búsqueda de reivindicación de ese derecho, se han proferido algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Por ejemplo, la Corte Constitucional en Sentencia C-208 de 2007, consideró que el legislador al expedir el Decreto 1278 de 2002, “*por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente*”, incurrió en una omisión legislativa relativa, al no haber regulado lo concerniente a la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos indígenas.

Omisión que, en criterio de la Corte, resulta inconstitucional, pues, si bien, a través del Decreto Ley 1278 de 2002, se consagró el régimen de profesionalización docente para la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes; lo cierto es que no hubo previsión ninguna en relación con el régimen aplicable a los grupos étnicos sujetos a un tratamiento especial en esa materia. Así, se dispuso que mientras el legislador expedía un estatuto de profesionalización docente que regulara de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serían las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias.

Por su parte, el Consejo de Estado⁹ precisó que las medidas dictadas para proteger debidamente el derecho de los etnoeducadores, no han sido eficientes ni eficaces. Al respecto, señaló:

“[E]s menester tomar otras medidas tendientes a amparar de manera decidida tal circunstancia, pues está de por medio no sólo el derecho fundamental a orientar la educación de los pueblos indígenas con el fin de lograr el pleno respeto de los derechos culturales y lingüísticos, respondiendo a las necesidades de cada pueblo como sujeto de derechos fundamentales, sino a la igualdad, en la manera como se expone a continuación.

El derecho a la igualdad está contemplado en el artículo 13 de la Constitución. Ese precepto dispone que todas las personas son iguales ante la ley y, en tal virtud, deben recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades, sin ninguna discriminación. Para tal fin, el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea tanto real como efectiva y adoptará medidas pertinentes en favor de grupos discriminados o marginados.
(...)

⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 15 de agosto de 2019, Rad. No. 11001 03 15 000 2019 01291 00 (AC)

En consecuencia, la Sala, al evidenciar la necesidad de proferir una normativa que permita dar solución a la situación de desigualdad que actualmente se presenta, ordenará al Gobierno Nacional que, en desarrollo del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, inicie el procedimiento de consulta con las comunidades indígenas, con el fin de que, en el término máximo de cuatro (4) años, contados a partir del día siguiente a la notificación de ésta providencia, adelante el trámite que considere pertinente, encaminado a que se expida un estatuto en el que se reglamente la forma de vinculación y ascenso de los etnoeducadores, así como las dignidades o cargos que, de acuerdo con el resultado de la consulta, se consideren acertadas y asimilables a los directivos docentes.

El Gobierno Nacional deberá presentar a esta Corporación, a más tardar dentro del mes siguiente a la notificación de la presente providencia, un informe en el que señale el esquema diseñado para cumplir el procedimiento de consulta que se ha ordenado en el párrafo anterior.

A su vez, en atención a que la desigualdad alegada se está presentando y con el fin de darle solución temporal, es decir, mientras se profiere la normativa respectiva, la Sala ordenará que a todos los docentes indígenas les sean aplicados los artículos 8 a 11 Decreto 2277 de 1979, en los que se reglamenta lo relativo al escalafón docente. En todo lo demás, de conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional, se aplicará la Ley 115 de 1994 y las normas que la desarrollan. (...)

De igual manera, al resolver la impugnación formulada en contra del precitado fallo, la Alta Corporación anotó¹⁰:

“149. En consecuencia, ante la ausencia de reglamentación suficiente sobre la materia en el Decreto 2277 de 1979 y no resultar el mismo aplicable a los docentes indígenas tal como lo ha considerado la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, esta Sección considera que debe modificarse el numeral cuarto del fallo de primera instancia.

150. Al respecto, la Sala destaca que no existe un criterio unificado sobre el estatuto que debe aplicarse en forma transitoria mientras el Congreso de la República legisla sobre la materia, en la medida en que la Corte consideró que a los afrodescendientes, que están en la misma situación jurídica de los grupos indígenas, se les debía aplicar transitoriamente el Decreto 1278 de 2002, pues ello no los afectaba en mayor grado y sí garantizaba una educación con calidad, el Consejo de Estado en su Sala de Consulta consideró que la norma transitoriamente aplicable es la Ley 909 de 2004.

*151. Esta Sala considera que por razón de la especialidad en materia educativa y, sin desconocer la exequibilidad condicionada decretada por la Corte Constitucional –en la Sentencia C-666 de 2016–, se les debe aplicar, **transitoriamente**, el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, pero únicamente a los docentes de la etnia Yascual y siempre y cuando se realice previamente un proceso de concertación que no*

¹⁰ Consejo de Estado, Sentencia del 14 de noviembre de 2019, Rad. No. 11001 03 15 000 2019 01291 01 (AC)

podrá tener una duración superior a seis (6) meses, contados a partir de la notificación de esta decisión.

*152. Para tal efecto la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño y el Ministerio de Educación Nacional deberán brindar a los docentes plenas garantías e incluirlos en procesos de capacitación, formación y preparación para el concurso de méritos con enfoque diferencial, en los términos establecidos en la Ley 115 de 1994 y en los decretos reglamentarios.
(...)"*

En suma, considera la Sala que deben aplicarse los principios *pro actione* y *pro damnato*¹¹, con el fin de que se continúe con el trámite del presente asunto, en aras de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia de la parte actora. Ello teniendo en cuenta que no existe una posición unificada frente a la normativa aplicable a los etnoeducadores y que, por lo mismo, tampoco se tendría certeza sobre la fecha a partir de la que corresponde empezar a contar el término de caducidad.

6. Por lo anterior, se revocará los numerales tercero y cuarto del auto recurrido, mediante el cual se declaró la caducidad del medio de control y se ordenó la terminación del proceso. En su lugar, se dispondrá la continuación del trámite de la demanda, previniendo que en el momento en que exista certeza frente a que estatuto debe aplicarse en materia de inscripción y

¹¹ El denominado principio "*pro damnato*", o principio "*pro proceso*", es una regla de derecho que ha sido adoptada por el Consejo de Estado desde hace aproximadamente veinte años según la cual se "*busca aliviar los rigores de las normas que consagran plazos extintivos para el ejercicio de las acciones y aboga por la cautela y el criterio restrictivo con el que deben interpretarse y aplicarse dichas normas.*"¹¹

La aplicación de este principio pretende evitar que las circunstancias específicas que rodean cada caso en particular puedan llegar a restringir el derecho de acceso a la administración de justicia cuando no se tiene la certeza sobre la configuración de rechazo pertinente. En otros términos, "*en caso de duda sobre el cumplimiento de los requisitos o presupuestos de la demanda o del medio de control, este principio permite que la misma (la demanda) se admita sin perjuicio de que el juez en momento procesal posterior y previo análisis del material probatorio, vuelva sobre el punto y decida sobre el mismo.*"

Este principio constituye una excepción a la aplicación rigurosa de normas procesales, pues posibilita al juez a interpretarlas de manera más flexible, acorde con la finalidad que se quiere lograr, es decir, la prevalencia del derecho sustancial¹¹, así lo refrenda el Consejo de Estado:¹¹

"El principio pro damnato "[...] busca aliviar los rigores de las normas que consagran plazos extintivos para el ejercicio de las acciones y aboga por la cautela y el criterio restrictivo con el que deben interpretarse y aplicarse dichas normas [...]", e involucra razones de equidad y seguridad jurídica, pues atiende las circunstancias particulares que rodean el caso para no restringir el derecho al acceso a la administración de justicia cuando no se tiene la certeza sobre la configuración de la causal de rechazo pertinente.

En efecto, en caso de duda sobre el cumplimiento de los requisitos o presupuestos de la demanda o del medio de control, este principio permite que la misma se admita sin perjuicio de que el juez en momento procesal posterior y previo el análisis del material probatorio, vuelva sobre el punto y decida sobre el mismo".

Finalmente se previene que el principio *in dubio Pro Actione*, indica que en caso de duda en relación con el cumplimiento de los requisitos de la demanda, ésta debe resolverse atendiendo a la interpretación más favorable al derecho de acción, al derecho del interesado, y en ese orden de ideas se admita la demanda y se produzca un fallo de mérito.

ascenso en el escalafón docente, o si ninguno le es aplicable a la demandante - *de manera transitoria* -, podrá abordar de nuevo el asunto, y de encontrarse configurado, declarar la caducidad del medio de control de la referencia.

DECISIÓN

En mérito a lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cauca,

RESUELVE

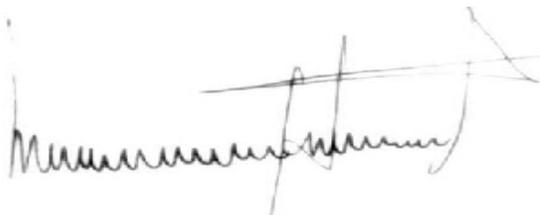
PRIMERO: REVOCAR los numerales tercero y cuarto del auto interlocutorio nro. 223 de 13 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán. En consecuencia, continúese con el trámite del proceso.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás el auto recurrido.

TERCERO: Sin costas. Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Juzgado de origen para que continúe con el trámite respectivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

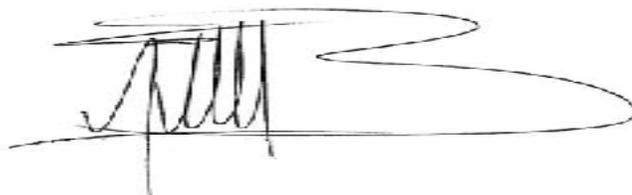
Los Magistrados,



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ