



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
ÁREA CONSTITUCIONAL

Pamplona, tres de mayo de dos mil veintitrés

REF:	EXP. No. 54-518-31-12-002 2023-00039-01 54-820-40-89-001-2023-00033-00 (Int. 2023-00039) IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA
JUZGADO DE ORIGEN:	SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO CON CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE PAMPLONA
ACCIONANTE:	CARLOS AUGUSTO PÉREZ BECERRA
ACCIONADOS:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “CNSC”, UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE NORTE DE SANTANDER, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO “FOMAG”

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
ACTA No. 058

Se pronuncia la Sala respecto de la **IMPUGNACIÓN** de la **ACCIÓN DE TUTELA** formulada por el accionante **CARLOS AUGUSTO PÉREZ BECERRA** contra el fallo emitido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito con conocimiento en asuntos laborales de esta ciudad el pasado 15 de marzo, que negó por improcedente la protección constitucional solicitada.

1. ANTECEDENTES

1.1 Hechos

Los hechos relatados por el accionante en la solicitud de amparo se resumen así¹:

1.1.1 Ha prestado sus servicios en el sector público y/o privado, como docente oficial nombrado en provisionalidad definitiva, por la *Secretaría de Educación del Norte de Santander*, desde el 28 de agosto de 2013 hasta la actualidad (se entiende a la presentación de la acción constitucional), acumulando un total de 9 años y 6 días.

1.1.2 Pertenece al régimen pensional del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio FOMAG, contemplado en la Ley 91 de 1989, artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 de 2005.

¹ Folios 4 al 9 expediente electrónico

1.1.3 Está vinculado en la actualidad, a la Institución Educativa Colegio Gibraltar Toledo, de este municipio en el cargo de docente oficial, nivel 2A, jornada mañana, nombrado en provisionalidad definitiva.

1.1.4 Se realizó convocatoria para el Concurso de Méritos de Directivos Docentes a nivel Nacional (población mayoritaria y zonas rurales afectadas por el conflicto), mediante procesos de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2403 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes).

1.1.6 La Secretaría de Educación del Norte de Santander dio cumplimiento al reporte, certificación y actualización de las vacantes definitivas de los empleos docentes y directivos docentes oficiales pertenecientes al Sistema Especial Carrera Docente, que hacen parte de la oferta pública de empleos de carrera, a través del sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad, de conformidad con la solicitud efectuada por la Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC".

1.1.7 Mediante acuerdo No. 2406, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, se convocó y estableció el reglamento del Concurso Docente Territorial al que pertenece el accionante.

1.1.8 A través de proceso de licitación pública, CNSC-LP-009 de 2022, la Comisión Nacional del Servicio Civil, - CNSC, seleccionó a la Universidad Libre, para operar la Convocatoria de Directivos Docentes y Docentes.

1.1.9 Advierte que es el único soporte económico de su núcleo familiar, por lo tanto, ostenta la calidad de madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica, cobijado por la estabilidad laboral reforzada consagrada en la Ley 790 del 2002, la Ley 1238 de 2008, el Decreto 1083 de 2015, la Ley 1955 de 2019, la Ley 2115 de 2021 y el Decreto 1415 de 2021.

1.1.10 Que el artículo 12 de la Ley 790 del 27 de diciembre de 2002, señala que no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del programa de renovación de la administración pública, las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de dicha ley.

1.1.11 Que el artículo 1 de la Ley 1238 del 17 de julio de 2018, indica que, es mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos

menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. Además, que tales condiciones deben ser declaradas ante notario, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso.

1.1.12 Que el artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, establece que no podrán ser retiradas del servicio las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica.

1.1.13 Que el párrafo 2° del artículo 263 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, dispone que los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y a cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley, les falte 3 o menos años para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC, una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional. Igualmente, que el jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de publicación de la ley, los empleos que se encuentran en la situación antes señalada. Y, que, en tratándose de servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar “*acciones afirmativas*” para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados.

1.1.14 Que el artículo 5 de la Ley 2115 del 29 de julio de 2021, advierte que el Gobierno nacional establecerá mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer y al hombre cabeza de familia, promoviendo el fortalecimiento de sus derechos económicos y trabajos dignos estables.

1.1.15 Que el artículo 1° del Decreto 1415 del 4 de noviembre de 2021, dispone que los organismos que modifiquen sus plantas de personal permanente o temporal respetarán a las madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, la condición de invalidez de los hijos, las personas con limitación visual o auditiva, personas con limitación física o mental, personas próximas a pensionarse.

1.1.16 Que al ser reportada la plaza que ocupa como docente en provisionalidad definitiva, la Secretaría de Educación del Norte de Santander, desconoció e inaplicó de manera irregular, lo contemplado en los artículos 1 de la Ley 790 del 27 de diciembre de 2022, el artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, el párrafo 2° del artículo 263 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, el artículo 5° de la Ley 2115 del

29 de julio de 2021 y el artículo 1° del decreto 1415 del 4 de noviembre de 2021, configurándose una violación a sus derechos fundamentales como la vida, la igualdad, la protección al trabajo y por conexidad la primacía de los derechos inalienables, debido proceso, dignidad humana, trabajo, dignidad del trabajador y protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad; también, la confianza legítima, equidad, educación de calidad, debido proceso administrativo, mérito y buena administración pública.

1.1.17 Sostuvo que los procesos de selección Nos. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes), el Ministerio de Educación Nacional, la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, la Universidad Libre y/o la Secretaría de Educación desconocieron que en la actualidad de su trabajo deviene el único sustento de su núcleo familiar, toda vez que, ostenta calidad de padre o madre cabeza de familia sin alternativa económica, pues está cobijado por la estabilidad laboral reforzada establecida en la Ley 790 del 2002, la Ley 1238 de 2008, el Decreto 1083 de 2015, la Ley 1955 de 2019, la Ley 2115 de 2021 y el Decreto 1415 de 2021.

1.1.18 Advirtió que, de continuarse el Concurso de Méritos para Directivos Docentes y Docentes por el Ministerio de Educación Nacional, la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, Universidad Libre y/o Secretaría de Educación, finiquitará de manera lamentable y arbitraria, la terminación unilateral de su nombramiento en provisionalidad definitiva, a partir de lo normado en el artículo 11 del Decreto 2105 del 14 de diciembre de 2017, el cual establece como causales de terminación del nombramiento provisional, *“...cuando se provea el cargo por un docente, en aplicación de los criterios definidos en los numerales 1, 2, 3, 4 o 5 del artículo 2.4.6.3.9 del presente decreto...”*

1.1.19 Igualmente, que se desconocen sus derechos fundamentales a la vida, protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, pues la futura terminación de su vinculación en provisionalidad definitiva, lo deja sin trabajo y sin forma de responder por los requerimientos y necesidades económicas y alimenticias propias y de familia.

1.2 Solicitud de tutela

Para la protección de sus derechos a la vida, igualdad, al trabajo, al debido proceso, dignidad humana y protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad; al igual que los principios de confianza legítima, equidad, mérito y buena administración pública, solicitó:

1.2.1 Como medida provisional y objeto de la tutela, la suspensión inmediata de las etapas restantes en los procesos de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes), convocados por el MINISTERIO DE

EDUCACIÓN NACIONAL, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, la UNIVERSIDAD LIBRE y/o la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN.

1.2.2 Se ordene a las accionadas, excluir del reporte de los cargos que se encuentran en vacancia definitiva la plaza que ocupa como docente en provisionalidad definitiva, en la oferta pública de empleos de carrera, a través del sistema de apoyo para la igualdad, mérito y oportunidad, de los Procesos de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes), convocados por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, la UNIVERSIDAD LIBRE y/o la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN.

1.2.3 Finalmente, que se allegue al Despacho la decisión definitiva y se expidan copias del fallo de tutela y la contestación de las accionadas, y que la suspensión se extienda hasta que el Ministerio de Educación Nacional, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre, revisen si las plazas reportadas en la oferta pública, cumplen con lo contemplado en el artículo 12 de la Ley 790 del 27 de diciembre de 2002, el artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, el parágrafo 2º del artículo 263 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, el artículo 5º de la Ley 2115 del 29 de julio de 2021 y el artículo 1º del Decreto 1415 del 4 de noviembre de 2021.

2. Intervención de la parte accionada

2.1 La Comisión Nacional del Servicio Civil “CNSC”², con intervención del Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, expuso falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la entidad que representa no era la competente para certificar el reporte de los cargos que se encuentran en vacancia definitiva, que esa facultad la ostentaba la Secretaria de Educación como autoridad nominadora.

Expresó que la pretensión de eliminar la vacante del cargo que ocupa el actor, del proceso de selección, afectaría a los 46 aspirantes inscritos en la OPEC 185115 de la entidad certificada en educación, quienes cuentan con una expectativa frente a la misma. Que luego de agotar las listas de elegibles, la entidad territorial realizaría acciones afirmativas con relación a los provisionales.

Desmintió el perjuicio irremediable del actor, pues no fue demostrada la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo reclamado. Arguyó que era indispensable que se acreditara objetivamente la necesidad de proteger un derecho amenazado.

² Folios 166 al 188 expediente electrónico

Expuso que por mandato constitucional, la CNSC es la autoridad reguladora de los concursos de mérito de las entidades que no están sujetas a un régimen especial. Y para la realización del concurso Directivos Docentes y Docentes No. 2150 a 2237 de 2021, el artículo 2.4.1.1.4 del Decreto 1075 de 20151 subrogado por el Decreto Reglamentario 915 de 20162, señala que es responsabilidad exclusiva de cada entidad territorial certificada de educación el reporte de los empleos y respectivas vacantes para docentes y directivos a la CNSC.

Afirmó que, de acuerdo a lo reglado en la Ley 909 de 2004 y demás normas reglamentarias, el nombramiento del provisional docente es de carácter transitorio y procede para proveer un empleo de carrera con el educador que cumpla con los requisitos y el perfil para ser nombrado, función que es competencia del nominador más no de la CNSC, al igual que el retiro de los mismos, es decir, de la Secretaría de Educación del Norte de Santander.

Que a la fecha no están conformadas las listas de elegibles, luego, no es cierto que se le esté vulnerando algún derecho al señor CARLOS AUGUSTO PÉREZ BECERRA, y que a pesar de la existencia de situaciones de especial vulnerabilidad en las personas vinculadas en provisionalidad, el ente nominador está en la obligación de nombrar y posesionar a quien por mérito obtenga su derecho.

Agrega que el acto de desvinculación de los provisionales no es caprichoso ni arbitrario, ya que el mismo se encuentra motivado y fundamentado. Igualmente, que la administración, en la medida de lo posible, establecerá medidas *afirmativas* en favor de los empleados provisionales que ostenten situaciones especiales.

Se refiere al principio de inmediatez, para explicar se debe actuar tan pronto tenga ocurrencia el hecho vulnerador, sin embargo, desde la expedición del decreto reglamentario que le confiere facultades de reporte de vacantes definitivas al Gobernador, Alcalde o Secretario de Educación, han transcurrido 8 años. Además, que la publicación del acuerdo del proceso de selección a partir del cual CARLOS AUGUSTO PÉREZ BECERRA, conoció el reporte de las vacantes del proceso de selección – *en donde posiblemente se encuentra la que ocupa en provisionalidad* – han pasado 16 meses.

Destacó el actuar negligente del actor, pues, en su escrito de tutela afirma conocer los acuerdos de convocatoria y decretos reglamentarios, pero su conducta está lejos de la buena fe. En ese sentido, expuso que CARLOS AUGUSTO conocía del reporte de la vacante – *que él ocupaba en provisionalidad* – desde la publicación de los acuerdos del proceso de selección, realizado en el mes de octubre de 2021.

Que, luego de consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, Mérito y Oportunidad, el accionante se encuentra inscrito en el proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022, en el empleo Docente Primaria, OPEC 185115 de la Secretaría de Educación Departamento de Norte de Santander- Grupo B, Rural. Sin embargo, el 3 de noviembre de 2022 se publicaron los resultados, informando al accionante que no continuaba en concurso. También, que el actor interpuso reclamación contra los resultados de la prueba de conocimientos específicos y pedagógicos, la cual fue resuelta de fondo; por lo tanto, una decisión judicial, respecto del proceso de selección, vulneraría los derechos a la igualdad y debido proceso de los demás aspirantes que continúan en el proceso, pues, se le otorgaría una preferencia al tutelante.

En cuanto al estado actual del proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 Directivos Docentes y Docentes, éste se encuentra en la recepción de documentos, verificación de requisitos, publicación y reclamaciones. El 2 de febrero de 2023, finalizó la etapa de reclamaciones de las pruebas escritas de Aptitudes y Competencias Básicas, la Prueba Psicotécnica y publicación de sus resultados definitivos, procediéndose a la publicación de la guía de orientación al aspirante para el cargue y/o actualización de documentos. Además, quedan pendientes las fases de verificación de requisitos mínimos, valoración de antecedentes, publicación del consolidado de resultados y lista de elegibles.

Así, demandó la improcedencia de la acción constitucional, al no existir vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la entidad que representa.

2.2 La Universidad Libre, a través de apoderado especial³, afirmó que los acuerdos de convocatoria establecían las reglas del concurso abiertos de méritos para proveer definitivamente los empleos en vacancia definitiva de Directivos Docentes y Docentes pertenecientes al Sistema Especial de Carrera Docentes, que prestan su servicio en instituciones educativas oficiales que atienden población mayoritaria en las entidades territoriales certificadas en educación en los Procesos de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316, 2406 de 2022.

Precisó que las pruebas escrita de aptitudes y competencias básicas y la psicotécnica, ya habían sido aplicadas a los aspirantes del proceso de selección. Además, que ya se publicaron los resultados preliminares de dichas pruebas, otorgándose el término correspondiente para presentar las reclamaciones. También, que el 15 de noviembre de 2022, mediante aviso publicado en el sitio web de la CNSC, se informó que la jornada de acceso al material tendría lugar el 27 de noviembre de la misma anualidad, y la etapa de complementación a las reclamaciones se surtió entre los días 28 y 29 de noviembre

³ Folios 124 al 132 expediente electrónico

de 2022. Que el 25 de enero de 2023, se les comunicó a los aspirantes que las respuestas a los requerimientos y los resultados definitivos de las pruebas escritas serían publicadas el 2 de febrero de 2023.

Destaca que el único argumento del actor lo constituye el hecho de que fue desconocido su estatus de estabilidad laboral reforzada, al ser ofertado el cargo que ostenta en provisionalidad, en el concurso de méritos.

Refiere que entre la Universidad Libre y la CNSC, se suscribió un contrato que tiene por objeto desarrollar el proceso de selección para la provisión de empleos vacantes del sistema especial de carrera docente, denominado proceso de selección Directivos Docentes y Docentes –Población Mayoritaria, correspondiente a las pruebas escritas, así como el Proceso de Selección No. 601 de 2018 Directivos docentes y Docentes en Zonas afectadas por el conflicto armado –Departamento Norte de Santander, desde las pruebas de conocimientos específicos y pedagógicos y psicotécnica hasta la consolidación de los resultados finales para la conformación de las listas de elegibles.

Advierte que el concurso no ha finalizado, pues, están pendientes las etapas de verificación de requisitos mínimos, la prueba de valoración de antecedentes y la prueba de entrevista. Dicha ejecución, está a cargo de la Universidad Libre, en virtud del contrato celebrado con la CNSC, No. 328 del 13 de diciembre de 2022.

Aseguró que no se podía abordar el estudio de la responsabilidad que le asistiría a la Universidad Libre de Colombia, respecto al hecho de haber ofrecido dentro del concurso el cargo que desempeña el actor en provisionalidad, pues carece de titularidad de derechos de acción y contradicción en tal controversia. Por lo tanto, la falta de legitimación en la causa por pasiva, le impide oponerse jurídicamente a las pretensiones del líbello de la demanda de tutela.

Expuso que el docente participó en el proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes), en el nivel Docente de Aula del Área de Ciencias Sociales, Historia Geografía, Constitución Política y Democracia, OPEC 185115. Que el puntaje obtenido por el actor en la prueba de conocimientos específicos y pedagógicos fue de **57.77**, por lo tanto, no fue aprobada, en razón a que el artículo 13 común a los acuerdos, establece como puntaje mínimo aprobatorio para los empleos de docente **60.00**. Finalmente, que obra respuesta a la reclamación impetrada por el accionante a través de la plataforma SIMO.

2.3 La Institución Educativa Colegio Gibraltar Toledo, vinculada dentro del trámite constitucional, a través de su rector⁴, afirmó que CARLOS AUGUSTO PÉREZ

⁴ Folio 122 expediente electrónico

BECERRA, se encuentra vinculado laboralmente a esa I.E., por nombramiento en provisionalidad, mediante decreto Departamental número 493 del 28 de agosto de 2013, en continuidad hasta la fecha. Además, que se desempeña como docente en el área de Ciencias Sociales.

Agrega que esa I.E. no tiene injerencia o función relacionada en el proceso de selección, consideró que se constituía una falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.4 El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, a través de la Coordinadora de Tutelas⁵, comenzó indicando que, la Fiduprevisora S.A., actúa como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, en virtud del cumplimiento del contrato de fiducia mercantil suscrito con la Nación – Ministerio de Educación. Alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que esa entidad no era el sujeto pasivo de la acción de tutela impetrada por el accionante, toda vez que no están llamados a realizar gestiones de procesos de selección de personal de los docentes, ni existe relación alguna con CARLOS PÉREZ BECERRA.

Sostuvo que no había lugar a establecer algún tipo de vulneración de los derechos fundamentales del accionante, así no existía ninguna conducta concreta, activa u omisiva, de donde se derivara la supuesta afectación de los derechos fundamentales del accionante por parte de Fiduprevisora S.A., entidad que opera en nombre y representación de FOMAG. Solicitó que se declara improcedente la acción de tutela.

2.5 Guardaron silencio: El Ministerio de Educación Nacional, la Secretaría de Educación del Norte de Santander, las personas que participaron en el proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022, las personas que conforman la lista de elegibles del cargo docente en el área de Ciencias Sociales del Municipio de Toledo y/o de la Institución Educativa Colegio Gibraltar de la misma municipalidad, a todas las personas que actualmente ocupan los cargos declarados desiertos dentro de la Convocatoria en mención.

2.6 El accionante dio respuesta al requerimiento que le efectuó el Juzgado⁶, informando lo siguiente⁷: Alegó copia del Registro Civil de su hija Nicol Mariana Pérez Vargas; manifestó que vive en casa de propiedad de su compañera permanente, que no tiene ninguna propiedad de considerable valor a su nombre ni de su núcleo familiar, no recibe ninguna pensión, ni subsidio de renta o arriendos, que la señora MARTA TORCOROMA VARGAS PACHECO es en la actualidad su compañera permanente y pertenece a su núcleo familiar, quien en este momento está dedicada al hogar, su profesión es

⁵ Folios 232 a 239 expediente electrónico

⁶ Folio 94 expediente electrónico

⁷ Folio 119 expediente electrónico

Contadora Pública y no recibe ningún ingreso económico y su bien de considerable valor es la casa donde vive; agrega que su compañera no participó en el proceso debido a que no aplicaba para ninguna de las plazas ofertadas.

3. DEL FALLO RECURRIDO

Como se precisó con antelación, la juez de instancia negó por improcedente el amparo invocado⁸, estudio que abordó dando por cumplidos los requisitos de legitimación activa, en tanto el actor agencia sus propios derechos fundamentales; legitimación pasiva en razón a que las entidades accionadas y vinculadas intervienen en el proceso de selección y se les atribuye la vulneración de los derechos. Por el contrario, no encontró satisfecho el requisito de subsidiariedad.

En efecto, tras encontrar que *“a) El accionante se encuentra vinculado laboralmente a la Institución Educativa Colegio Gibraltar del Municipio de Toledo, Norte de Santander, por nombramiento en provisionalidad mediante Decreto Departamental número 493 del 28 de agosto de 2013 proferido por Gobernador del Departamento de Norte de Santander en continuidad hasta la fecha, desempeñándose como docente en el área de Ciencias Sociales; b) En atención a la convocatoria para el Concurso de Méritos de Directivos Docentes y Docentes a nivel Nacional (población mayoritaria y zonas rurales afectadas por el conflicto), el cargo que el accionante ocupa actualmente fue reportado por la entidad nominadora competente, en vacancia definitiva, como consecuencia del Procesos de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2021 (Directivos Docentes y Docentes); c) El accionante aduce que se encuentra cobijado por la estabilidad laboral reforzada por encontrarse en calidad de madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica; d) El actor pretende a través de la acción de tutela que se protejan derechos de rango fundamental ordenando a las entidades accionadas que se excluya el cargo que actualmente ocupa del concurso de méritos; y que se suspendan las etapas del Procesos de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes), hasta tanto se revise por las accionadas que dichas plazas de docentes en provisionalidad no están ocupadas por personas que tengan la condición de madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica”*.

Y referirse a los siguientes temas: *“1). Convocatoria pública de ofertas de cargos de docentes; 2). Naturaleza jurídica de la vinculación de los nombramientos en provisionalidad; 3). Concurso de méritos frente al nombramiento en provisionalidad; 4). Desvinculación de provisionales en situaciones especiales como la condición de madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica; 5). La participación del accionante en el proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022; y por último 6). El estado actual del proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de*

⁸ Folios 352 a 409

2022”, no encontró satisfecho el requisito de subsidiariedad; además de citar apartes de jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹ sobre el tópico, continuó con el estudio de los problemas planteados, así:

i) Subsidiariedad para ordenar a través de la acción de tutela la exclusión del cargo OPEC 185115 del Procesos de Selección No 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes), que fue ofertado a través del Acuerdo N° 2119 del 29 de octubre de 2021 modificado por el Acuerdo N° 179 de 2022 y el Acuerdo 232 de 2022, y que se encuentra en vacancia definitiva y ocupa el accionante como docente nombrado en provisionalidad.

Aspecto frente al cual recalcó, que si bien, conforme a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁰ *“por regla general la acción de tutela se torna improcedente cuando pretenda controvertir los actos proferidos por las autoridades administrativas que se expidan con relación de un concurso de méritos”*, existen tres excepciones ***i)*** *inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido*, ***ii)*** *configuración de un perjuicio irremediable* y ***iii)*** *planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo*”.

Así, aclaró que si bien el accionante no ataca de manera directa un acto administrativo, su pretensión principal – *excluir un cargo informado por la entidad territorial certificada en educación del Norte de Santander* – estaba dirigida a la decisión contenida en el Acuerdo No. 2119 del 29 de octubre de 2021 *“Por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección para proveer los empleos en vacancia definitiva de Directivos Docentes y Docentes pertenecientes al Sistema Especial de Carrera Docente, que prestan su servicio en instituciones educativas oficiales que atienden población mayoritaria de la entidad territorial certificada en educación DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER – Proceso de Selección No. 2160 de 2021 – Directivos Docentes y Docentes.”*, modificado por los Acuerdos 179 y 232 de 2022; acto que cataloga como ***preparatorio, accesorio o de trámite***, y que sólo la lista de elegibles es acto definitivo susceptible de ser enjuiciado; pero cuando el acto de trámite le impide al aspirante continuar con su participación, éste se convierte en un acto definitivo, que puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Analizado lo anterior, halló superada la primera excepción ***i) inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido***, en la medida que este acuerdo *“se profiere en una etapa inicial o previa...”*, por lo tanto, *“la acción de tutela actúa como mecanismo definitivo ya que se estaría*

⁹ Sentencias SU-067 de 2022 y T-081 de 2022

¹⁰ Sentencia SU-067-2022

contovirtiendo un Acto Administrativo de trámite o de ejecución que a consideración del accionante vulnera derechos fundamentales, “como quiera que tales decisiones no son susceptibles de discusión jurisdiccional ante lo Contencioso Administrativo.”.

Sin embargo, precisó que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado *“han sido firmes en indicar que el hecho de que éste tipo de Actos Administrativos de trámite no se discutan en sede administrativa, por limitarse a preparar, impulsar la actuación administrativa o dar cumplimiento a la decisión”*; no puede implicar que la acción de tutela se pueda utilizar en todos los casos para demandarlos por esta vía residual y subsidiaria, estableciendo tres supuestos específicos de procedencia, a saber: *“i) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto no haya concluido; ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial que se proyecte en la decisión final; y iii) que ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental”*; que analizará, si se cumplen los requisitos que viene trabajando.

De cara a la segunda excepción ***ii) configuración de un perjuicio irremediable***, aseguró que no se estaba ante un perjuicio irremediable, toda vez que, faltaban por agotar etapas del proceso que desembocarían en la lista de elegibles, que es un acto administrativo demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Tampoco, resulta inminente y grave, en virtud que no se ha proferido acto administrativo que desvincule al actor. Asimismo, que existen acciones afirmativas, según lo desarrolló la sentencia SU-446 de 2011. Ahora bien, destacó que el núcleo familiar del accionante cuenta con casa propia, de propiedad de su compañera, que ésta es de profesión contadora y entre los dos podría realizar actividades productivas, pues no se avizora alguna imposibilidad física.

De otra parte, que al encontrarse vigente el concurso de méritos, dentro de sus etapas se deben dictar actos administrativos definitivos de contenido particular y concreto, que generan derechos individuales y ciertos, por ende, estos pueden ser objeto de debate ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando, además, la suspensión provisional de los efectos de esos actos.

Como tercera excepción ***iii) planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo***, encontró que la inconformidad del accionante fue el haber ofertado en el concurso de méritos el cargo que ocupa como docente en provisionalidad, situación que se configuró el 29 de octubre de 2021. También, que esa oferta del cargo, según el actor, vulnera sus derechos. Asimismo, que existen normas que lo protegen a partir de la condición especial que afirma ostentar. Tales asuntos, pueden ser de conocimiento ante la jurisdicción de lo

Contencioso Administrativo, al momento de existir una lista de elegibles o un acto de desvinculación.

De esta manera, concluyó que no se superaban las excepciones para la viabilidad de la acción de tutela frente a Actos Administrativos expedidos en un concurso de méritos, lo que hace improcedente el amparo constitucional.

Ahora bien, en cuanto a las tres exigencias planteadas con antelación: *i) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto no haya concluido, ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial que se proyecte en la decisión final y iii) que ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental*, sintetizó que el proceso de selección se encontraba en curso y faltaban etapas del mismo. Que los actos administrativos sobre los cuales el hoy accionante pretende su intervención a través de tutela, no traen como consecuencias la finalización o la obstaculización del avance de la actuación administrativa que se encuentra en curso, es el que da inicio a todo el proceso de selección de allí surgen los requisitos, las etapas, los empleos ofertados, el cual aunque es de trámite incide en el resultado de toda la actuación administrativa, dado que excluir un cargo previamente ofertado, influye en todo el resultado de la convocatoria. Y, finalmente, respecto a la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, luego de revisar los acuerdos del proceso de selección, el tema de la estabilidad relativa en la que se encuentra el actor y su participación en el concurso de méritos no encontró algún hecho transgresor.

Reiteró que, aún no se habían emitido los actos definitivos susceptibles de ser demandados, por lo que el accionante se adelanta en el tiempo a un hecho futuro e incierto.

Respecto a los derechos fundamentales invocados en el líbello de la demanda, como la vida, dignidad humana, igualdad, protección al trabajo y dignidad del trabajador, debido proceso, debido proceso administrativo y la protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, principio de confianza legítima, equidad, educación de calidad, mérito y buena administración pública, no encontró algún tipo de hecho vulnerador de los mismos.

ii) Subsidiariedad para ordenar a través de la acción de tutela la suspensión de las etapas restantes en los Procesos de Selección No 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes), al haber reportado la plaza que ocupa el accionante como docente en provisionalidad, hasta tanto se revise por éstas entidades la normatividad descrita por el accionante relacionada con la protección a la madre y padre cabeza de familia sin alternativa económica.

Aseguró que al no prosperar la acción constitucional para la exclusión del cargo, mucho menos sería viable respecto a la suspensión del concurso, pues las dos pretensiones van conjuntas.

Para descartar esta condición, trajo a colación el concepto 034961 de 2022 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual define la calidad de padre o madre cabeza de familia. Subrayó que si bien se le debe asignar un trato especial a aquellas personas nombradas en provisionalidad que ostenten una situación especial, también es cierto que el mérito debe prevalecer so pena de transgredir derechos de terceros involucrados en el proceso de selección. Tampoco aportó prueba de un caso de fuerza mayor, del que se infiera la ausencia de la madre en asumir la responsabilidad que le corresponde, menos, que se encuentra en una condición, o limitación física, síquica o mental, que le impida ejercer su profesión como contadora pública.

Así coligió que *“la presente acción de tutela no tiene por superado el requisito de subsidiariedad; que permita pasar al estudio de fondo de las pretensiones del accionante; y por lo tanto resultaría inocuo estudiar el requisito de la inmediatez y menos aún pasar al caso en concreto; toda vez que basta con no cumplir con la primera para negar la presente tutela por improcedente”*.

4. LA IMPUGNACIÓN

Fundamentó su inconformidad con la sentencia de tutela proferida en primera instancia bajo las siguientes premisas:

4.1 Existencia de otro mecanismo judicial principal (medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho) al no demostrar un perjuicio irremediable.

El actor está de acuerdo con la tesis sobre la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como mecanismo principal en la discusión del asunto en cuestión. Sin embargo, afirma que fue desatendido el *perjuicio irremediable* que le causa la actuación *irregular* de la Administración, pues, según la sentencia T-318 de 2017, es necesaria la intervención del juez constitucional en aras de proteger el derecho fundamental conculcado.

La sentencia aborda dos excepciones al principio de subsidiariedad de la acción de tutela, en donde el primero advierte que, a pesar de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, la tutela procede cuando se pretende precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Seguidamente, hace relación a la idoneidad y eficacia de ese otro mecanismo de defensa judicial, caso en el cual, si no resulta como protector inmediato, emerge el amparo constitucional.

Que, en la demanda, se estableció la vulneración de los derechos fundamentales conculcados por las entidades, la cual genera una amenaza cierta y latente en la materialización de un perjuicio irremediable que haga necesario un pronunciamiento constitucional de urgencia.

Cita la sentencia T-956 del 2013, para destacar los cuatro requisitos para la configuración de un inminente perjuicio irremediable, *(i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables.*

Señala que la acreditación de ese perjuicio irremediable se encuentra sustentada con la continuidad de los Procesos de Selección No. 601 a 623 de 2018 (Directivos Docentes y Docentes en zonas afectadas por el conflicto armado); y, Procesos de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes), convocados por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, la UNIVERSIDAD LIBRE y/o la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN.

Que para el 28 de febrero de 2023 se realizó la publicación de los resultados de pruebas y aptitudes. Además, la etapa de cargue y validación de documentos iba del 3 al 10 de marzo de 2023. Luego la valoración de antecedentes y publicación de resultados. En ese sentido, se conformaría la lista de elegibles, que posterior quedaría en firme, según los plazos establecidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, desembocaría en la audiencia de escogencia de plaza y su consecuente desvinculación (por terminación) de su provisionalidad en vacancia definitiva, sin el respeto a la protección especial por la estabilidad laboral reforzada.

Sustenta el peligro irremediable a la luz de lo discutido por la Corte Constitucional en la sentencia T-318 de 2017, que al tenor expone: *“...un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen.... En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder, ... En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, ... En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, ... Por último, las medidas de protección deben ser impostergables...”*.

Controvierte la tesis de la juez de primera instancia plasmada en la sentencia de tutela, que concluyó la existencia de otros mecanismos para atacar los actos de la administración frente al concurso de méritos. Afirma que de ser así, lo obligaría a iniciar un proceso en lo contencioso administrativo, solicitando la aplicación de la estabilidad

laboral reforzada. Luego realiza un conteo de términos respecto a las actuaciones que debe desarrollar en el marco de esta jurisdicción especial. Advierte que todo ello sería inoperante pues la provisión de cargos del concurso de méritos podría darse en los primeros meses de este semestre.

4.2 La no demostración de la estabilidad laboral reforzada.

Para ello, cita la sentencia T-405 de 2022 de la Corte Constitucional que determinó que los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos deben prevalecer; sin embargo, debe existir un trato preferente que impone a los nominadores el deber de asegurar que los *SEPC* sean los últimos en ser desvinculados y vincular al sujeto nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando.

Advierte que lo pretendido con la acción constitucional no es evitar o trasgredir los derechos de aquellos que ganaron el concurso de méritos, sino que los procesos de selección sean decantados antes de establecerse la firmeza de las listas de elegibles y así, tener claridad suficiente por parte los participantes en cumplimiento de las plazas convocadas, respecto al procedimiento establecido en el Decreto 1415 de 2021.

Insiste en el tema de los sujetos de especial protección constitucional que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, por la condición de madres o padres cabeza de familia. Afirma que ostenta dicha calidad, según los parámetros de la Sentencia T-084 de 2018.

Advierte que existe un daño inminente en el evento de ser desvinculado injustificadamente de su empleo, pues, en sus hombros recaen todas las cargas económicas familiares.

Expone que las madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, gozan de estabilidad laboral reforzada, según la Ley 790 del 2022, la Ley 1238 de 2008, el Decreto 1083 de 2018, la Ley 1955 de 2019, la Ley 2115 de 2021 y el Decreto 1415 de 2021.

Señala que es una persona pre pensionada, cobijado por la estabilidad laboral reforzada, pues se encuentra completando los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y que le faltan menos de tres (3) años para consolidar el derecho pensional.

Enfatizó sobre el procedimiento a seguir en norte a las medidas afirmativas en favor de las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada, cuando exista una lista de elegibles para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa. Sostuvo que en primer lugar se encontraban las personas con enfermedades

catastróficas, luego seguían quienes acreditaran la condición de padre o madre cabeza de familia, los que ostentan condición de pre pensionados y por último, los aforados sindicales.

Solicitó REVOCAR EL FALLO DE TUTELA y en su lugar conceder las pretensiones contenidas en la demanda de acción de tutela.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Competencia de la Sala

Al tenor del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es competente esta Sala para conocer la impugnación de la acción de tutela formulada.

4.2 Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar: **i)** si el amparo constitucional resulta excepcionalmente procedente contra actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos, aun ante la existencia de medios ordinarios para la protección de los derechos invocados; **ii)** si las entidades accionadas y vinculadas, al haber ofertado la plaza docente de aula que ocupa el accionante en provisionalidad, en la convocatoria pública (procesos de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 20221 (Directivos Docentes y Docentes) transgredieron sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la protección al trabajo, al debido proceso, a la dignidad humana, al trabajo y la dignidad del trabajador y protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Para efectos de resolver la cuestión planteada, estima la Sala, con base en jurisprudencia constitucional, analizar: **(i)** La subsidiariedad como requisito de admisibilidad de la Acción de Tutela en Concursos de Mérito; **(ii)** La estabilidad laboral reforzada en el marco de los concursos de mérito; para finalmente y **(iii)** Analizar la situación propuesta.

4.3 La subsidiariedad como requisito de admisibilidad de la Acción de Tutela respecto a los Concursos de Mérito.

Sobre el tema, la Corte Constitucional¹¹ ha precisado, que:

“...55. Subsidiariedad. Esta Corte, de modo reiterado, ha dispuesto que la acción de tutela solo procede si quien acude a ella no cuenta con otro procedimiento

¹¹ Corte Constitucional Sentencia T-081 de 2021 M.P. JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR

judicial en el ordenamiento jurídico que permita la resolución de sus pretensiones. Por supuesto, esta regla tiene por objeto evitar que aquellos mecanismos sean sustituidos por se por este medio célere e informal. En tal sentido, en caso de existir un medio judicial principal, el actor tiene la carga de acudir a él toda vez que es necesario preservar las competencias legales asignadas por el legislador a cada jurisdicción [96], salvo que se demuestre que el mismo no goza de idoneidad o eficacia, o que se evidencie un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario un amparo transitorio [97].

56. *Así, prima facie, este Tribunal ha considerado que la acción de tutela no procede cuando a través de su uso se pretenda atacar decisiones proferidas por la Administración en el marco de un concurso de méritos, pues, el legislador estableció mecanismos especiales en uso de los cuales el juez de lo contencioso administrativo estaría llamado a conocer de esos asuntos[98]. Allí podría solicitarse, además, la puesta en marcha de medidas cautelares si es que la protección del bien es urgente y no soportaría el tiempo que tarde la resolución del litigio[99]. Sin embargo, siguiendo lo advertido en el párrafo anterior, puede que, en algunos supuestos, a la luz de las circunstancias particulares ofrecidas en el caso, se advierta que este medio judicial no es idóneo ni eficaz. Escenario en el que la acción de tutela devendrá procedente [100]”.*

En la sentencia T-340 de 2020 la Corte Constitucional, analizó el requisito de la subsidiariedad respecto a la procedencia de la acción de tutela en el marco del concurso de méritos, expresando lo siguiente:

“...3.3.4. Finalmente, el artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de amparo solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹². Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”¹³. El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios de independencia y autonomía de la actividad jurisdiccional.

Dentro de este contexto, por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión) cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia dependiendo del caso (según la

¹² Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010 y T-136 de 2010.

¹³ Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

ley: “el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias” al mismo tiempo), con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia¹⁴. Esta circunstancia debe ser objeto de análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.

Sobre esta última, en la Sentencia T-059 de 2019¹⁵, en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó que:

“Las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. (...)”

“Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que[,] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el

¹⁴ Sobre la introducción al ordenamiento jurídico de estas medidas en la Ley 1437 de 2011, esta Corporación, en Sentencia T-610 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera, sostuvo que: “el legislador realizó un esfuerzo importante para que las medidas cautelares se concibieran como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar el escenario administrativo de una perspectiva constitucional. Ello es razonable en la medida en que el carácter proteccionista de la Carta Política debe influir en todo el orden jurídico vigente como reflejo de su supremacía, lo que supone que las demás jurisdicciones aborden los asuntos puestos a su consideración desde una visión más garantista y menos formal del derecho.”

¹⁵ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico. (...)"

"Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales. // Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. (...)"¹⁶...

4.5 La estabilidad laboral reforzada en el marco de los concursos de mérito

La sentencia T-063 de 2022 distingue a las personas que gozan de una estabilidad laboral reforzada y las medidas que pueden adoptarse cuando, en virtud de un concurso de méritos, deban ser retirados de sus cargos, véase:

"...En consonancia con el artículo 53 de la Constitución Política, según el cual una de las garantías mínimas que debe tener el trabajador es la estabilidad en el empleo, este Tribunal ha reconocido el "derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad." [109] Así las cosas, la Corte Constitucional ha definido la estabilidad laboral como:

"una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts. 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario

¹⁶ Énfasis por fuera del texto original.

que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”.^[110]

Los titulares de la estabilidad laboral reforzada, tal como lo ha sostenido la Corte, son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo, así como aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que dicha limitación hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997,^[111] a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez.^[112]

Tratándose de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la Corte ha reiterado que “la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.”^[113] Sobre este punto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte señaló que:

“la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.”

Sin embargo, teniendo en cuenta que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden haber sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, o personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, la Corte ha reconocido que “antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.”^[114] En esta dirección, en sentencia SU-917 de 2010, esta Corporación precisó que “la vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional.”

4.6 Análisis de la situación propuesta

Se sabe que el ciudadano **CARLOS AUGUSTO PÉREZ BECERRA** formuló la presente acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos fundamentales, con ocasión de los procesos de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes), convocados por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, la UNIVERSIDAD LIBRE y/o la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, toda vez que fue ofertada la vacante que actualmente ocupa en provisionalidad desde el 28 de agosto de 2013. Además, afirma estar amparado por una estabilidad laboral reforzada, dada su calidad de padre cabeza de familia.

El actor busca con la demanda de tutela, que se excluya del reporte de los cargos que se encuentren en vacancia definitiva, la plaza que ocupa como docente en provisionalidad. También, se suspendan las etapas restantes de los procesos de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes), y se revise si las plazas reportadas en la oferta pública cumplen con lo normado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, el artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, el párrafo 2º del artículo 263 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, el artículo 5º de la Ley 2115 del 29 de julio de 2021 y el artículo 1º del Decreto 1415 del 4 de noviembre de 2021.

Bajo ese contexto, entra la Sala a determinar si en el presente evento se cumple con el requisito de la subsidiariedad, toda vez que, los presupuestos de legitimación en la causa por activa y por pasiva, fueron valorados y superados según el estudio realizado por la primera instancia, mientras que la subsidiariedad fue la causa por la cual la juez A quo no continuó con el estudio de la acción constitucional y hoy es reproche del actor.

Agotado el estudio de la subsidiariedad y de superarse como requisito de procedibilidad, se determinará la viabilidad de la acción constitucional.

Para empezar, señala la Corte Constitucional, que el mecanismo garantista de los derechos fundamentales, esto es, la Acción de Tutela, es inviable cuando se pretende atacar decisiones proferidas por la administración con ocasión de un concurso de méritos, pues, el legislador estableció herramientas especiales para ello. También, que el accionante tiene la carga de acudir a estas instancias en aras de respetar las competencias asignadas a cada jurisdicción.

No obstante, como se precisó con antelación, excepcionalmente es procedente recurrir a la acción de tutela si se logra verificar: *i) la inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido, ii) configuración de*

un perjuicio irremediable y iii) planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo.

Conforme a los hechos expuestos por el accionante, el quebranto de sus garantías fundamentales deviene de haberse ofertado la plaza que ocupa como docente en provisionalidad definitiva, dentro de los procesos de selección Nos. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes), desconociendo que en la actualidad, de su trabajo deviene el único sustento de su núcleo familiar, que ostenta la calidad de padre o madre cabeza de familia sin alternativa económica, así, está cobijado por la estabilidad laboral reforzada establecida en la Ley 790 del 2002, la Ley 1238 de 2008, el Decreto 1083 de 2015, la Ley 1955 de 2019, la Ley 2115 de 2021 y el Decreto 1415 de 2021.

En consecuencia, a través de la acción de tutela pretende se excluya el cargo OPEC 185115 del Procesos de Selección No 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes), que fue ofertado a través del Acuerdo N° 2119 del 29 de octubre de 2021 modificado por el Acuerdo N° 179 de 2022 y el Acuerdo 232 de 2022, que se encuentra en vacancia definitiva y que ocupa como docente nombrado en provisionalidad; pero además, que se suspendan las etapas restantes en los Procesos de Selección.

Fundamentos a partir de los cuales se asume el estudio de los mencionados requisitos, así:

i) *La Existencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido*

Contrario a lo afirmado por el *a quo*, la actuación de la administración presuntamente conculcadora de los derechos del accionante, se ciernen sobre la legalidad del Acuerdo de la convocatoria mediante el cual ofertó la plaza de docente de aula que ocupa en provisionalidad para ser provista por el sistema del mérito, cuyo debate cumple suscitarlo a través de las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo¹⁷, de acuerdo

¹⁷Conforme a la teoría de móviles y finalidades, independientemente de la naturaleza del acto a demandar, lo que debe tenerse en cuenta es si de la declaración de nulidad del acto, surge o no automáticamente el restablecimiento del derecho afectado, pues en caso de que exista un restablecimiento automático, ha de entenderse que la acción instaurada es la de nulidad y restablecimiento del derecho, motivo por el cual deben verificarse los requisitos propios de la acción. Por el contrario, si la nulidad declarada no genera restablecimiento alguno, puede tramitarse como simple nulidad. En el caso concreto, para la Sala es claro que la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva, en la práctica, el restablecimiento material de los derechos subjetivos de los demandantes, pues, aunque en el libelo introductorio se solicita, además de la nulidad de los actos demandados, un “restablecimiento automático” para los actores consistente en que sus cargos sean excluidos del concurso de méritos, dicho petitum propende por el interés general de mantener y/o restablecer el ordenamiento jurídico, presuntamente resquebrajado por los actos enjuiciados, cuestión que concierne no solo a las personas demandantes, sino que también a los participantes en el proceso de selección y a la ciudadanía en general. NOTA DE RELATORIA: Sobre la teoría de los móviles y finalidades, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 4 de marzo de 2007, Rad. 1999-05683(IJ-0030), C.P., Manuel Urueta Ayola. Sentencia de 29 de octubre de 1996, Rad. S-404, M.P., Daniel Suárez Hernández. Sentencia de 8 de marzo de 2005, Rad. 2001-00145(IJ), M.P., Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia de 20 de marzo

con las circunstancias y particularidades del interesado, donde es propio debatir de fondo lo resuelto por la administración y que es materia de inconformidad, a fin de generar las determinaciones con las cuales se obtenga el restablecimiento del derecho presuntamente transgredido. Medios de control que igualmente cuentan con el mecanismo de medidas cautelares, entre ellas solicitar la suspensión provisional de los actos ilegales.

Razón por la cual, no se justifica la intervención del juez constitucional ni siquiera como mecanismo transitorio, ante la ausencia de un perjuicio irremediable como más adelante se sustenta.

Asociado a lo anterior, conforme lo ha precisado la Jurisprudencia de la Corte Constitucional citada con antelación, existen actuaciones administrativas que el accionante tiene la posibilidad de agotar ante la entidad nominadora, acreditando su condición de prepensionado y/o padre cabeza de familia que aquí no se logró demostrar, como más adelante se verificará, en la medida que *“antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento”*, vinculación que se prolongará *“hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional”*.

ii) Configuración de un perjuicio irremediable

Frente a la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, es decir, que de no producirse la orden de amparo podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales del accionante.

A partir del hecho que describe el actor como vulnerador de sus derechos, en principio debe decirse que el citado acto administrativo data de 29 de octubre de 2021, fecha en la que se dio la oferta del cargo ocupado por el actor, a concurso, sin embargo, en aquella oportunidad guardó silencio, más aún participó en dicha convocatoria, por lo que mal puede hoy, considerarse a partir de allí la configuración de un perjuicio irremediable, inminente y grave.

de 2013, Rad. 2010-00135, M.P., Gerardo Arenas Monsalve”. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 24 de septiembre de 2015, radicado 11001-03-25-000-2010-00286-00(2360-10)

No obstante, es cierto que al final mismo del proceso de selección es posible que dicho cargo se provea en propiedad, en razón al derecho que adquieren quienes superan satisfactoriamente, además porque su nombramiento, en los términos del Decreto 000493 de fecha 28 de agosto de 2013, se dio *“por el término del calendario académico vigencia 2013 y/o hasta cuando se provea el cargo en propiedad o mediante nombramiento en período de prueba de elegibles seleccionados por mérito¹⁸”*; por lo tanto, ni la convocatoria ni el nombramiento en propiedad de ese cargo, que no se ha realizado, sorprenden las expectativas laborales del accionante.

Además, el proceso de selección no ha finalizado, como lo afirmó tanto la CNSC como la Universidad Libre. Es decir, se están agotando las etapas descritas en el artículo 3 de los acuerdos del proceso, sujetas a las reclamaciones respectivas de los participantes. **CARLOS AUGUSTO** actualmente se desempeña como docente de la Institución Educativa Colegio Gibraltar Toledo, en el Municipio de Toledo, en el cargo de docente oficial, nivel 2A, jornada mañana, por tal razón, está percibiendo una remuneración por su trabajo. En este momento no existe ninguna lista de elegibles a partir de la cual pueda ser removido del cargo que ostenta ni mucho menos, un acto administrativo que ordene su desvinculación como maestro.

Por lo anterior, plausible resulta colegir la inexistencia en este momento del perjuicio irremediable que de manera insistente reclama el accionante, entendido este como lo que no se puede remediar.

Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que existen acciones afirmativas por parte de la administración – *y el actor no es ajeno a esta postura del máximo órgano constitucional, pues las menciona en su escrito de impugnación* – para que, en lo posible, las personas que ostenten cargos en provisionalidad y se vean inmersos en circunstancias como las aquí planteadas, reciban un trato preferente, a partir de su condición de especial protección constitucional debidamente acreditada, como lo es, la reubicación o un nuevo nombramiento en otro cargo en provisionalidad.

Situación que se habilita cuando en realidad el peligro sea inminente o esté por suceder, no ahora, pues, como se indicó, las etapas del concurso no han culminado, sin conocerse la fecha probable de la conformación de las listas de elegibles, las cuales, también están sujetas a las reclamaciones respectivas, para luego proceder a los correspondientes nombramientos.

iii) Planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo.

¹⁸ Archivo 02 Demanda y anexos

Tópico frente al cual basta reiterar lo dicho en el inciso (i), en el entendido de que la controversia suscitada por el actor perfectamente puede ventilarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, igualmente garante de los derechos fundamentales reclamados, pero con etapas necesarias para respaldar el derecho de las partes que resulten perjudicadas con las pretensiones del accionante; además con la posibilidad, en cualquier instancia del proceso, de solicitar -como ya se adujo- medidas cautelares, entre ellas, la suspensión de los efectos del acto administrativo cuestionado para proteger y garantizar el objeto del proceso.

Ahora bien, frente a las condiciones de estabilidad laboral reforzada que reclama el accionante, por su situación de pre pensionado¹⁹ y/o padre cabeza de familia²⁰, no se aportó prueba alguna de la cual pueda evidenciarse tales circunstancias; no obstante, si así ocurre, reitérese, el actor aún tiene la oportunidad de hacer valer tales circunstancias ante el ente nominador.

Finalmente, aún si se entendiera superado el principio de subsidiariedad, no ocurriría lo mismo con el de inmediatez, por las razones que en tal sentido claramente expuso la CNSC; ratificándose la inviabilidad de la tutela en el presente caso.

Se colige de lo expuesto, la confirmación del fallo impugnado por las razones aquí discurridas.

5. D E C I S I O N

En armonía con lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito con conocimiento en Asuntos Laborales de Pamplona el quince de marzo de dos mil veintitrés.

¹⁹ Sentencia SU 003 de 2018, “[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los pre pensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez”.

²⁰ Sentencia T-003-18 “la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental”.

SEGUNDO: COMUNICAR lo decidido a los interesados, en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Firmado Por:

Jaime Andres Mejia Gomez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

002

Tribunal Superior De Pamplona - N. De Santander

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: **dbc40597ede02bb26caf0660d77f6fecf8db4f1d96d4f769afd5969a31e66ba**

Documento generado en 03/05/2023 03:37:43 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>