



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

Pamplona, tres de mayo de dos mil veintitrés

REF:	EXP. NO. 54-518-31-84-002-2023-00050-01 IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA
JUZGADO DE ORIGEN:	SEGUNDO PROMISCO DE FAMILIA DE PAMPLONA
ACCIONANTE:	MARÍA TERESA FLÓREZ LEAL
ACCIONADOS:	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - GOBERNACIÓN DEL NORTE DE SANTANDER NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
VINCULADOS:	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTROS SISTEMA MAESTRO Y OTROS
MAGISTRADO PONENTE: JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ ACTA No. 059	

I. A S U N T O

Se pronuncia la Sala respecto de la **IMPUGNACIÓN** interpuesta por la accionante **MARÍA TERESA FLÓREZ LEAL** contra el fallo emitido por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Distrito Judicial de Pamplona el pasado 24 de marzo de 2023, que negó la protección de los derechos fundamentales invocados.

II. A N T E C E D E N T E S

1. La señora María Teresa reclamó la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo, derechos adquiridos y al mérito, presuntamente vulnerados por la Secretaría de Educación Departamental de Norte de Santander y el Ministerio de Educación Nacional - Sistema Maestro, al suspender el proceso de nombramiento en provisionalidad y posesión para el cargo como docente de aula en el área de matemáticas de la Institución educativa Col. Nuestra Señora del Pilar, Sede Principal, departamento de Norte de Santander, pretendiendo que se ordene:

“i) (...) a las entidades accionadas (...) se reactive DE MANERA INMEDIATA el proceso de nombramiento y posesión suspendido (...); ii) que el acuerdo al que hayan llegado las Directivas Sindicales, los docentes de posconflicto (...), el Ministerio de Educación, la Secretaría de Educación del Departamento y la Gobernación del Departamento, NO APLICA para el caso de las Especialidades que se convocaron en el sistema Maestro, como lo es la ID Vacante 84214 de Matemáticas; iii) a las entidades accionadas, al pago de costas e indemnizaciones a que haya lugar; iv) que se aclare (...) la diferencia entre los modelos educativos graduado y flexible, manejado en el sector urbano y el sector rural”¹.

¹ Archivo 02 Expediente de primera instancia

2. Del escrito inicial y las probanzas que obran en el plenario, se observa la siguiente situación fáctica relevante²:

2.1. Refiere la promotora del amparo que el 09 de febrero de 2023 se inscribió en el aplicativo “*Sistema Maestro*” del Ministerio de Educación Nacional³, postulándose a la vacante ID 84214 como docente de aula para el área de matemáticas - Institución Educativa Colegio Nuestra Señora del Pilar – Sede Principal del municipio de Pamplonita, departamento de Norte de Santander.

2.2 El 10 de febrero⁴ a través de correo electrónico, el Ministerio de Educación Nacional le informó que hacía parte de los 3 pre - seleccionados para cubrir la vacante ID 84214 y que la entidad territorial validaría el cumplimiento de los requisitos en orden de ponderación de mayor a menor. Luego, el 16 de febrero⁵ siguiente, le notifican que fue seleccionada por intermedio del Sistema Maestro al obtener una puntuación de 85.0.

2.3 Posteriormente, la Secretaria de Educación departamental, Lucy Stella Berbesi Barroso, a través de correo electrónico⁶, solicitó su comparecencia el día 07 de marzo de 2023 en las instalaciones de esa dependencia, con el objetivo de realizar el nombramiento provisional en la vacante definitiva, para lo cual, debía presentarse con la documentación solicitada en el correo.

2.4 Sostiene la accionante que para su sorpresa, una vez tramitados todos los requisitos exigidos por la entidad, se le informó que no era dable realizar su nombramiento, toda vez que, según notificación efectuada el 08 de marzo de 2023⁷, la Secretaría Departamental había “(...) *decidido suspender el proceso que se venía adelantando a través del Sistema Maestro para el cumplimiento de vacantes definitivas (...) considerando que a la fecha (...) no ha expedido acto administrativo alguno que materialice la vinculación de los educadores preseleccionados (...) y en virtud de ello no existe vínculo laboral que así lo demuestre (...)*”.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la Secretaría de Educación debía trasladar a los docentes que conforman la lista de elegibles para las zonas PDET de la Convocatoria 601 de 2008 realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que actualmente se encuentran garantizando la prestación del servicio educativo en las vacantes definitivas del nivel primaria en los 8 municipios que integran dicho proceso de selección, a las 54 vacantes definitivas localizadas en el departamento de Norte de Santander.

2.5 Por último, manifiesta que la suspensión arbitraria por parte de la Secretaría de Educación Departamental en cuanto al proceso de nombramiento y posesión del cargo en el que fue seleccionada, derivaba en un perjuicio no solamente personal, sino también familiar, vulnerando así los derechos fundamentales invocados en la presente acción constitucional.

² Archivo 03 ídem

³ Folio 01 Archivo 003 ídem

⁴ Ídem

⁵ Folio 02 ídem

⁶ Folio 03 ídem

⁷ Folio 04 ídem

3. **Admisión de la tutela**⁸

Mediante auto del 15 de marzo de los cursantes el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pamplona avocó el conocimiento de la acción, vinculando a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a los aspirantes al cargo de Docente de aula en el área de matemáticas Establecimiento Educativo I.E. Colegio Nuestra Señora del Pilar, Sede Principal Nuestra Señora del Pilar municipio de Pamplonita – Sistema Maestro y los educadores vinculados en provisionalidad que garantizan la prestación del servicio en las vacantes definitivas del nivel PriMARÍA en los 8 municipios Zona del Catatumbo a proveerse mediante el proceso de Selección – Convocatoria 601 de 2018, cuya reubicación, en términos del parágrafo 2 del artículo 2.4.6.3.12 del Decreto 2105 de 2017, originó la suspensión del proceso que se venía adelantando a través del Sistema Maestro para el cubrimiento de vacantes definitivas.

Se decretaron como pruebas de oficio:

“(…) A LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

- *Informar en qué estado se encuentra el proceso de Selección – Convocatoria 601 de 2018 para la provisión de cargos de Docente nivel PriMARÍA en los 8 municipios Zona del Catatumbo de Norte de Santander, remitiendo copia de las normas que la rigen.*

A LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE NORTE DE SANTANDER

- *Explicar los fundamentos de hecho y de derecho por los que se suspendió el proceso de nombramiento y posesión de la señora MARÍA TERESA FLÓREZ LEAL como Docente de aula en el área de matemáticas Establecimiento Educativo I.E Colegio Nuestra Señora del Pilar en la Sede Principal Colegio Nuestra Señora del Pilar Departamento Norte de Santander y municipio de Pamplonita, convocado por esa Secretaría, para el cual se postuló a través del Sistema Maestro y superó de manera satisfactoria todas las etapas.*
- *Remitir copia del acto administrativo mediante el cual se tomó la anterior determinación, indicando de qué manera le fue notificado a la interesada, allegando los soportes.*
- *Indicar si en la actualidad la plaza está ocupada por otra persona; cuándo fue designada y mediante qué modalidad, enviando los anexos.*
- *En qué situación se encuentra actualmente la señora MARÍA TERESA FLÓREZ LEAL respecto a la postulación que realizó para ocupar provisionalmente la vacante de Docente de aula para el área de matemáticas a través de Sistema Maestro, si ya procedió, como se le indicó a solicitar al Ministerio de Educación Nacional la liberación de los preseleccionados a fin de que puedan continuar con el proceso de postulaciones en la referida herramienta tecnológica, qué respuesta obtuvo y qué implicaciones tiene ello.*
- *En qué estado se encuentra la convocatoria efectuada por la herramienta Sistema Maestro en la que participó la accionante, acreditando este hecho.*
- *Si la señora MARÍA TERESA FLÓREZ LEAL actualmente se encuentra vinculada como docente, en caso positivo, en qué institución educativa, que tipo de contrato tiene, y a cuánto asciende sus ingresos”.*

4. **Intervención de los accionados**

⁸ Archivo 07 ídem

4.1 Secretaría de Educación de Norte de Santander⁹

Refiere que mediante oficio del 08 de marzo de 2023 se notificó a los docentes sobre la suspensión del proceso de selección y que actualmente la postulación efectuada por la accionante se encuentra suspendida, toda vez que, no se vinculó formalmente a la entidad territorial.

Entrando en materia, aclaró que para el año 2018 la CNSC ofertó el proceso de selección No. 601 a 623 de 2018 con el fin de proveer cargos Directivos – Docentes y Docentes de PriMARÍA, Secundaria, Especialidades, entre otras, para los municipios reconocidos en el PDET, publicando en último lugar la lista de elegibles para docentes de PriMARÍA; en consecuencia, la Secretaría de Educación adoptó la decisión de suspender el proceso de quienes participaron en la oferta del Sistema Maestro -ya que no se expidió, ni notificó ningún acto administrativo de nombramiento-, y trasladar a los educadores que se encuentran vinculados actualmente en la entidad territorial a las 54 vacantes definitivas disponibles en el departamento.

En cuanto a las pretensiones, asegura que en ningún momento se vulneraron los derechos fundamentales invocados por la accionante, teniendo en cuenta que la medida adoptada por la Secretaría de Educación propende la protección del derecho al mérito a la carrera administrativa de los integrantes en las listas de elegibles del proceso de selección 601 a 623 de 2018, como también los derechos de los educadores que se encuentran vinculados a la entidad territorial mediante provisionalidad, lo que justifica y motiva la decisión administrativa arrogada, por lo cual solicita se declare improcedente la acción de tutela.

4.2. Gobernación de Norte de Santander¹⁰

Con intervención de su apoderado judicial, en principio demanda la falta de legitimación en la causa por pasiva, tras advertir que la gobernación *“no fue la entidad que emitió la orden, efectuó una omisión, o (...) tiene en sus competencias lo solicitado por la parte actora”*, de manera que no puede emitirse orden contra esa autoridad, ya que ésta no ha quebrantado los derechos fundamentales de la accionante.

Respecto a la suspensión del proceso a quienes participaron, precisó que concuerda con el pronunciamiento efectuado por parte de la Secretaría de Educación, aclarando que según la Resolución 16720 de 2019¹¹ las vinculaciones realizadas mediante nombramiento provisional a través del Sistema Maestro no generan derechos de carrera, por lo que, se debe garantizar la lista de elegibles de los docentes que ganaron el concurso de méritos mediante las convocatorias 601 a 623 para vacantes definitivas de carrera administrativa, propendiendo así por los educadores que se encuentran en *“Retén social”*, es decir, sin solución de continuidad y adquieren una estabilidad laboral reforzada.

⁹ Archivo 10 ídem

¹⁰ Archivo 12 ídem

¹¹ **Artículo 13. Provisión de cargos.** La provisión transitoria de cargos que se efectúe para los docentes de aula o docente orientador que resulten seleccionados por el aplicativo "Sistema Maestro", no genera en ningún caso derechos de carrera.

En ese orden de ideas, resalta que al no existir una vinculación laboral con la entidad territorial no se pueden atribuir derechos adquiridos para la accionante, por lo tanto, solicita se denieguen las pretensiones del amparo constitucional y se declare improcedente.

4.3 Nación - Ministerio de Educación Nacional¹²

Luego de referirse a los hechos que presuntamente originaron la acción de tutela, exhorta se declaren improcedentes las pretensiones invocadas, atendiendo a que en ningún momento la Secretaría de Educación expidió acto administrativo definitivo que materializara la vinculación de los educadores preseleccionados por el Sistema Maestro, además que conforme al Decreto 490 de 2016 concordante con el parágrafo del Art. 14 de la resolución No. 16720 de 2019¹³ el Ministerio de Educación no posee competencias a fin de realizar procesos de selección para el nombramiento provisional en los empleos docentes con vacancia definitiva, sino las tendientes a ofertar solamente la vacante.

Con todo, alega la falta de legitimación en la causa por pasiva en tanto esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora, dado que, no cuenta con la facultad nominadora de realizar la selección y posterior nombramiento de los educadores, con ello solicita su desvinculación de las presentes diligencias.

5. Intervención de los vinculados

5.1 Comisión Nacional del Servicio Civil¹⁴

Solicita se declare improcedente el resguardo invocado frente a esa entidad, considerando que existe una ausencia de legitimación en la causa por pasiva al tratarse de un asunto ajeno a la CNSC y que se escapa de su competencia, operando la inexistencia de derechos vulnerados.

Así pues, puntualizó que según el Decreto 490 de 2016¹⁵ -compilado en el Decreto 1075 de 2015- el Ministerio de Educación empleará la plataforma tecnológica actualmente denominada

¹² Archivo 13 ídem

¹³ **Artículo 14. Administración del Sistema.** La administración del "Sistema Maestro" será responsabilidad de las entidades territoriales certificadas en educación, para ello el Ministerio de Educación Nacional ha designado una clave de usuario del aplicativo para la provisión transitoria de las vacantes definitivas a cada entidad territorial certificada en educación, para que en el marco de sus procesos organizacionales determinen la dependencia responsable del correcto uso de la misma, y garantice la consistencia y calidad de los datos relacionados con las vacantes definitivas generadas para la realización de una provisión oportuna de los cargos docentes.

Parágrafo. El Ministerio de Educación Nacional realizará verificación periódica de los nuevos nombramientos provisionales en cargos en vacancia definitiva reportados al SINEB y los procesos de vinculación adelantados a través del aplicativo "Sistema Maestro" para la provisión transitoria de las vacantes definitivas, así mismo implementará las medidas necesarias para asegurar su adecuado funcionamiento.

¹⁴ Archivo 11 ídem

¹⁵ **ARTÍCULO 2.4.6.3.11. Del reporte de vacantes definitivas para proveer mediante nombramiento provisional.** Para la realización de los nombramientos provisionales en cargos que se hallen en vacancia definitiva, las entidades territoriales certificadas en educación deben reportar todas las vacantes existentes de su respectiva jurisdicción en el aplicativo del sistema de información dispuesto por el Ministerio de Educación Nacional.

En dicho aplicativo se inscribirán los aspirantes que cumplan el requisito de formación formal inicial previsto para el cargo al que se postulan, para lo cual también podrán registrar los títulos académicos adicionales y los documentos que acrediten experiencia, así como los documentos que demuestren el cumplimiento de los demás criterios de calidad que establezca el Ministerio. Tales criterios serán ponderados de acuerdo con lo que defina dicha entidad mediante acto administrativo.

El registro de documentos adicionales a las que acrediten la formación formal inicial no constituye un requisito habilitante, pero concederá puntaje adicional.

PARÁGRAFO 1º. Las entidades territoriales certificadas deben reportar en el aplicativo dispuesto por el Ministerio de Educación Nacional las vacancias definitivas de docentes, inmediatamente estas se generen, de tal manera que se garantice la postulación de aspirantes, la verificación del cumplimiento del requisito mínimo para el cargo al cual se postulan y la valoración de las demás evidencias

Sistema Maestro, administrada por la Secretaría de Educación, con el propósito de permitir la selección de docentes provisionales para vacantes definitivas que cumplan con los requisitos exigidos para tal fin, lo que denota la falta de injerencia por parte de la CNSC en el desarrollo de los procesos de selección y nombramiento adelantados por estos.

Por otra parte, en cuanto al requerimiento efectuado por el fallador de primera instancia, señaló que el 08 de marzo de 2023 se publicó en la página web de la CNSC la lista de elegibles del proceso de selección 601 de 2018 – Departamento de Norte de Santander – Docente Primaria, una vez la misma cobre firmeza se programaran las audiencias públicas para la escogencia de plaza en instituciones educativas por parte de los elegibles, posteriormente se realizara el nombramiento y posesión en periodo de prueba.

5.2 Los otros vinculados guardaron silencio.

III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Juez de instancia¹⁶ encontró satisfechos los requisitos generales de legitimación en la causa activa y pasiva, inmediatez y subsidiariedad, sobre este último aspecto que es objeto de especial interés en esta decisión, no se puntualizó concretamente un argumento que lo afianzara, aun así, se dio por sentado; seguidamente pasó a analizar el caso en concreto, frente al cual precisó que los accionados no incurrieron en una vulneración al debido proceso administrativo por cuanto la suspensión del nombramiento se efectuó conforme a la normatividad vigente, con el propósito de priorizar la lista de elegibles del proceso de selección 601 de 2018 realizado por la CNSC de los educadores que ya se encontraban en provisionalidad y/o reten social al ostentar una estabilidad laboral reforzada, tampoco logra advertir una vulneración al derecho a la igualdad, en razón a que el proceso de selección empleado por la accionante a través del Sistema Maestro obedece a un carácter virtual, es decir, que no genera derechos de carrera a diferencia de los procesos realizados en ocasión al concurso de méritos; por último, respecto al derecho al trabajo, evidenció que la Secretaría de Educación nunca expidió actos administrativos de nombramiento que le permitieran reclamar a la actora dicha protección constitucional, sino simples expectativas de algo que podía o no ocurrir -como lo era su nombramiento-, así las cosas, procedió a negar el amparo solicitado.

IV. LA IMPUGNACIÓN

La promotora de la acción tutelar al impugnar el fallo de primer grado, a más de reiterar lo expuesto en el escrito inicial, pide que se revoque la sentencia de fecha 24 de marzo de 2023, por considerar que la misma: ***a) No se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración de mi petición; b) se niega a cumplir el mandato legal de garantizar al agraviado el pleno goce de sus derechos, como lo establece la ley; c) se funda en consideraciones inexactas a la***

que se acrediten, con el fin de que las autoridades nominadoras puedan proveer el cargo y garantizar la prestación oportuna del servicio educativo.

PARÁGRAFO 2º. Tratándose de docentes de aula que se desempeñen en el área de idioma extranjero, el Ministerio de Educación Nacional podrá valorar dentro del puntaje total el nivel de dominio de la respectiva lengua extranjera.

¹⁶ Archivo 15 ídem

realidad del sistema maestro, procedimientos creados por el Ministerio de Educación Nacional y su solicitud (...); y d) no reconoció la vulneración de sus derechos fundamentales, transgrediendo el principio constitucional de la buena fe, en el núcleo esencial de la confianza legítima y los principios de la función administrativa.

Agrega, que el juez de instancia no tomó en cuenta sus argumentos como tampoco la existencia de un derecho adquirido, pues si bien, aunque no se realizó el respectivo nombramiento, sí se encuentra acreditado al cumplir con las exigencias requeridas por la entidad territorial.

Igualmente, insiste en que la decisión adoptada por la Secretaría de Educación afecta no solo sus derechos sino *“el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes”* del Establecimiento Educativo Nuestra Señora del Pilar, toda vez que, el modelo implementado para *“el sector rural de todo el departamento y para el caso concreto en el municipio PDET zona rural PRIMARÍA Escuela Nueva, es un modelo flexible y que no es igual al modelo educativo gradual que se utilizan en los cascos urbanos como es el caso del municipio de Pamplonita”*, en donde, desde el pasado 08 de marzo no se cuenta con *“docente en el área de Matemáticas para los grados séptimo (...) y noveno (...)”*, en consecuencia, insta *“(...) la protección cierta, real, material y efectiva”* de lo aquí invocado.

V. PRUEBAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Previo a adoptar la decisión correspondiente, consideró viable el Magistrado ponente acceder a lo solicitado por la accionante, en miras a constatar si hogaño la I.E. Col. Nuestra Señora del Pilar – Sede Principal del municipio de Pamplonita, cuenta con personal educativo que preste el servicio en el área de Matemáticas.

Con respuesta del 26 de abril de 2023, el rector Mario José Uribe Carvajal aseguró que *“(...) a la fecha, la Institución Educativa Nuestra Señora del Pilar, **NO** se encuentra prestando el servicio educativo con docente asignado para el área de Matemáticas en los grados séptimo A – B ofertados en la plataforma Sistema Maestro del Ministerio de educación”*, igualmente, que *“(...) desconoce las razones por las cuales la Secretaría de Educación Departamental no ha nombrado docente que se requiere en el área de Matemáticas (...)”*¹⁷.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

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

2. Problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada, corresponde determinar si los accionados vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo, al derecho adquirido y al mérito de la accionante al suspender el proceso de selección iniciado a través de la plataforma Sistema Maestro del Ministerio de Educación Nacional, para la vacante en el área de matemáticas de la I. E. Col. Ntra. Sra. del Pilar – Sede Ppal. del municipio de Pamplonita.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, el Tribunal previamente precisará lo concerniente a los procesos de selección de educadores a través del Sistema Maestro y subsiguientemente examinará si la presente acción constitucional cumple con los requisitos generales de procedencia. De superarse lo anterior, se pasará a analizar el caso en concreto.

3. Precisiones en cuanto a los procesos de selección del aplicativo Sistema Maestro del Ministerio de Educación Nacional y los derechos de Carrera Administrativa

Considera esta Colegiatura ineludible detallar el funcionamiento del aplicativo Sistema Maestro del Ministerio de Educación Nacional donde se adelantan los procesos de selección para Directivos Docentes, Docentes de Aula y Orientadores, con intención de suplir las vacantes existentes en los diferentes establecimientos educativos del país.

Por intermedio de la resolución 16720 de 2019 el Ministerio de Educación Nacional arrojó el aplicativo Sistema Maestro con el objetivo de dar provisión a las plazas docentes a nivel nacional, a saber *“Por la cual se dispone el funcionamiento del aplicativo para la provisión transitoria de vacantes definitivas de cargos docentes mediante nombramiento provisional y se determinan otras disposiciones”*.

De esta manera, cuando se genera una vacante definitiva en una institución educativa oficial de cualquier Secretaría de Educación Departamental, esta informará al Ministerio de Educación Nacional para que oferte la vacante en el aplicativo y los interesados se postulen a aquella de su interés, así el sistema realizará la preselección de los (3) tres mejores educadores postulados, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para cada plaza en particular.

Posteriormente, la entidad territorial efectuará la verificación de los requisitos y documentación aportada por los aspirantes en su registro conforme a lo establecido en la Resolución 003842 de 2022 *“Por la cual se adopta el nuevo Manual de Funciones, Requisitos y Competencias para los cargos de Directivos Docentes y Docentes del Sistema Especial de Carrera Docente y se dictan otras disposiciones”*.

Cabe resaltar que, según lo dispuesto en la resolución inicialmente citada, el aplicativo Sistema Maestro admite exclusivamente el nombramiento provisional - transitorio- *“de cargos docentes que se hallen en vacancia temporal o definitiva y se hará mediante acto debidamente motivado expedido por la autoridad nominadora con personal que reúna los requisitos del cargo.*

(Decreto 1075 del 2015 artículo 2.4.6.3.10)”¹⁸, en otros términos, dichas vinculaciones no generan derechos de carrera.

Entiéndase, según el Consejo de Estado la carrera administrativa como *“un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. El ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa deben hacerse con fundamento en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad sin discriminación alguna. Según lo dispuesto por la Ley 443 de 1998, un cargo de carrera administrativa, debe proveerse previo concurso, por nombramiento en período de prueba o por ascenso. En caso de que se presente una vacancia definitiva, y solo cuando se haya convocado a concurso de méritos, la provisión del empleo debe hacerse mediante el encargo y de no ser posible el mismo, se hará por nombramiento provisional. Resalta la Sala, que no obstante que el sistema de carrera administrativa se constituye en la regla general para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, debe tenerse en cuenta que el Legislador se encuentra facultado para establecer excepciones y es ahí donde surgen los empleos de libre nombramiento y remoción”*¹⁹.

De modo que, la procedencia de los derechos de carrera obedece a la participación y aprobación del concurso de méritos, por ende, los eventos en que se lleven a cabo nombramientos en provisionalidad no confieren tales derechos respecto del cargo que se ocupa, pues como su nombre lo indica la designación se efectúa de manera transitoria. Al respecto, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado *“en sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 0319-08, actor: Aura Alicia Pedraza Villamarín, M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren; reiteró la tesis en el sentido de que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una posición diferente a la del vinculado y escalafonado en la carrera, por no haber accedido al cargo mediante concurso, a pesar de que ejerce un empleo de carrera y cuyo acto de desvinculación no requiere de motivación alguna; excepto cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada”*²⁰.

4. Procedencia de la acción de tutela

4.1 Legitimación en la causa por activa

En virtud de lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, cualquier persona tiene derecho a acudir a la acción de tutela, en defensa de sus derechos fundamentales, cuando éstos se consideran amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de algún particular.

¹⁸ Artículo 3ro Resolución 16720 de 2019

¹⁹ Sentencia Rad.27001-23-31-000-2003-00471-02(1385-09) de 2009 C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

²⁰ Sentencia Rad. 05001-23-31-000-2003-00810-01(0023-10) C.P. Bertha Lucia Ramirez De Paez

Por su parte, conforme el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991²¹ la petición de amparo puede ser presentada a nombre propio, a través de representante legal, por medio de apoderado judicial o mediante agente oficioso.

En el asunto que aquí se analiza, se acredita el requisito de legitimación en la causa por activa, teniendo en cuenta que la señora María Teresa Flórez Leal es la persona que directamente reclama la protección de sus derechos fundamentales, presuntamente transgredidos por la Secretaría de Educación al interrumpir de manera abrupta el nombramiento para la vacante en provisionalidad que pretendía.

4.2 Legitimación en la causa por pasiva

A partir de lo consagrado en los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991²², y la reiterada jurisprudencia Constitucional, la legitimación en la causa por pasiva se refiere *“a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. Así, la acción se puede invocar contra una autoridad pública o un particular que haya vulnerado o amenazado algún derecho de rango constitucional fundamental”*²³.

En el caso bajo estudio se encuentra acreditado dicho requisito, por cuanto las entidades demandadas son la Secretaría de Educación departamental y el Ministerio de Educación Nacional, a quien la actora atribuye el quebrantamiento de sus derechos, máxime cuando son los encargados de promover los procesos de selección de los docentes en provisionalidad para vacantes definitivas ofertadas en la plataforma Sistema Maestro.

A su vez, es necesario resaltar la legitimación que surge a los vinculados de oficio por el Juez de instancia por ser parte en el proceso de selección, ya sea como aspirantes, educadores vinculados en provisionalidad o garantes del sistema de carrera administrativa y por esa condición con interés en las resultas de la protección invocada, cuya actuación, en los términos del inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, podrán intervenir en el trámite constitucional como coadyuvantes del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud, *“sin que ello suponga que éste pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante (...)”*²⁴.

²¹ **ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES.** La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

²² **ARTICULO 5º. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA.** La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

ARTICULO 13. PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCION E INTERVINIENTES. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.

Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.

²³ Sentencia T – 332 de 2018 M.P Diana Fajardo Rivera

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2010.

4.3 Inmediatez

En línea con lo expuesto por el máximo órgano de cierre constitucional, pese a no existir un término de caducidad para acudir a la acción de tutela, la misma debe presentarse dentro de un término razonable y prudente, luego de ocurridos los hechos que motivan la amenaza de los derechos en cuestión²⁵, término que, en términos generales, ha sido establecido en 6 meses.

En el sub examine, encontramos que a partir del 08 de marzo de 2023 la actora reclama la vulneración de sus derechos fundamentales, cuando la Secretaría de Educación de Norte de Santander le informó la decisión afiliada en suspender su nombramiento en provisionalidad para la vacante ID 84214 del Sistema Maestro y la acción de tutela se interpuso el 14 de marzo siguiente²⁶. Como se observa, tan solo transcurrió un intervalo de seis (06) días, el cual se considera evidentemente prudente y razonable para el ejercicio de la acción constitucional.

4.4 Subsidiariedad

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la exigencia del requisito de subsidiariedad se funda en que la protección de los derechos fundamentales no es un asunto reservado al juez de tutela. Los jueces y los mecanismos ordinarios de defensa también han sido diseñados para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. En esta medida, la verificación de este requisito busca evitar la *“paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias”*²⁷.

En efecto, el uso *“indiscriminado”*²⁸ de la tutela puede acarrear: *“(i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior) y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)”*²⁹.

Por lo anterior, la acción de tutela solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales, salvo que ésta se ejerza como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

²⁵ Sentencia T-332 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera

²⁶ Archivo 04 ídem

²⁷ Sentencia T-691 de 2017

²⁸ Ibídem

²⁹ Ibídem

En efecto, el carácter subsidiario de esta acción *“impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”*³⁰. No obstante, la Corte Constitucional ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos. Corresponde al juez constitucional analizar la situación particular y concreta del accionante, para comprobar si los medios ordinarios resultan idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales³¹.

Ahora bien, en cuanto a la acción de tutela contra actos administrativos en materia de concurso de méritos³² ha adocinado la Corte Constitucional:

“(...) el juez de lo contencioso administrativo es la autoridad llamada a juzgar las violaciones de los derechos fundamentales que ocurran en este tipo de actuaciones administrativas. Al respecto, ha manifestado que «por regla general, [...] es improcedente la acción de tutela que pretenda controvertir los actos proferidos por las autoridades administrativas que se expidan con ocasión de un concurso de méritos, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales como lo dispone el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011»[54]. La posibilidad de emplear las medidas cautelares, «que pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión» [55], demuestra que tales acciones «constituyen verdaderos mecanismos de protección, ante los efectos adversos de los actos administrativos» [56].

96. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha instaurado tres excepciones a la regla general de improcedencia de la acción de tutela, en el campo específico de los concursos de mérito [57]. Los actos administrativos que se dicten en el curso de estas actuaciones administrativas podrán ser demandados por esta vía cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: 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 administrativo³³ (subrayado fuera del texto).

Exigencias que para la Sala no satisface el resguardo invocado por las razones que pasa a explicar:

Por supuesto, el presente amparo es promovido en favor de María Teresa Flórez Leal, quien alega postularse el día 09 de febrero de 2023 en la vacante denominada *Docente de área de matemáticas en la Sede Principal Col. Ntra. Sra. del Pilar del Departamento de Norte de Santander y municipio de Pamplonita de la Secretaría de Educación de Norte de Santander*, a partir del aplicativo Sistema Maestro del Ministerio de Educación.

³⁰ Sentencia T-721 de 2012

³¹ Sentencias T-043 de 2014, T-402 de 2012 y T-235 de 2010.

³² Si bien no estamos formalmente frente a un concurso de méritos, lo precisado por el máximo Tribunal Constitucional en la materia se asemeja considerablemente al caso que nos atañe, por lo que -en lo pertinente- resulta deducible.

³³ Sentencia SU 067 de 2022 M.P Paola Andrea Meneses Mosquera

Luego de ser seleccionada, al satisfacer los requisitos instados para ocupar la vacante, mediante acto administrativo del 08 de marzo de 2023³⁴ la entidad accionada le notificó la suspensión del proceso, tras evidenciar que *“ad portas – del nombramiento de los elegibles para las zonas PDET”* de la convocatoria 601 del 2018 adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se debía realizar el *“traslado de los educadores que hoy garantizan la prestación del servicio de educativo en las vacantes definitivas del nivel PRIMARÍA en estos 8 municipios que integran el proceso de selección”*, bajo la premisa de que la Secretaría de Educación no había materializado *“la vinculación de los educadores preseleccionados por el sistema maestro”*.

Situación fáctica a través de la cual, se logra refutar:

i) *Inexistencia de un mecanismo judicial que permita demandar la protección del derecho fundamental infringido*³⁵

Precisa la Corte que tal excepción *“se basa en el reconocimiento de la existencia de ciertos actos que, de conformidad con las reglas del derecho administrativo, no pueden ser sometidos a escrutinio judicial. En estos casos, la solicitud de amparo resulta procedente por cuanto «la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran» [58]. Habida cuenta de esta circunstancia, la acción de tutela actúa «como mecanismo definitivo, cuando se controvierten actos de trámite o de ejecución que vulneren derechos fundamentales, comoquiera que tales decisiones no son susceptibles de discusión jurisdiccional ante lo Contencioso Administrativo» [59]”*.³⁶

Al respecto, según los hechos narrados por la parte actora y del estudio de la documental aportada a la foliatura, se advierte que la accionante no agotó las vías jurídicas procedentes contra el acto administrativo del 08 de marzo en curso³⁷, mediante el cual la entidad accionada le notificó la interrupción del proceso de selección que se venía desarrollando a través del Sistema Maestro para el cubrimiento en provisionalidad de las vacantes definitivas, pese a que solo han transcurrido dos (2) meses desde su expedición.

De cara a estas eventualidades, la Corte Constitucional puntualizó que *“(…) Por regla general, la acción de tutela es improcedente para cuestionar actos administrativos de carácter particular y concreto [183]. Lo anterior, debido a que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 de la Ley 1437 de 2011) es el mecanismo ordinario idóneo y eficaz para controvertir estos actos. Este medio es idóneo porque permite anular el acto administrativo y “reparar el daño” generado por actuaciones administrativas que hubieren vulnerado “un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica” [184]. De otro lado, es eficaz en abstracto pues la normativa que lo regula cuenta con la posibilidad de solicitar medidas cautelares como la suspensión provisional del acto administrativo demandado, lo*

³⁴ Folio 4 y 5 Archivo 03 ídem, y/o cualquiera otro(s) acto(s) que resulte(n) pertinente(s).

³⁵ Ibidem

³⁶ Ibidem

³⁷ Folio 4 y 5 Archivo 03 ídem, y/o cualquiera otro(s) acto(s) que resulte(n) pertinente(s).

que le da la aptitud de “mecanismo no menos y efectivo que la acción de tutela, (...) cuando una Entidad vulnera en forma manifiesta los derechos del administrado” [185] (...)”³⁸.

Ciertamente, y a pesar de contar con la sazón una vez le fue notificada tal medida, la tutelante no acudió a los recursos ni mecanismos ordinarios, como bien lo aclara la Corte Constitucional es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en dirección a controvertir lo decidido por la Secretaría de Educación de Norte de Santander en el mentado acto administrativo³⁹, omisión que torna improcedente el presente mecanismo constitucional.

No obstante, evidencia la Sala que si bien el a quo dio por surtida la exigencia de subsidiariedad, no realizó un estudio detallado de la situación fáctica y jurídica que originó la acción tutelar incoada por la actora; ilustró las circunstancias en que procedía de manera excepcional el amparo, pero no verificó con rigor tal requisito, de ser así, habría constatado la existencia de otros mecanismos jurídicos ordinarios que procuran igualmente la protección de los derechos por está exhortados.

Ha sentado la jurisprudencia que “cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor”⁴⁰. Al tópico, acá no se acreditó ni es viable concluir que los mecanismos administrativos y los recursos de la vía gubernativa al alcance de la peticionaria no resultan eficaces para la protección demandada; por el contrario, constituyen el escenario propicio para evidenciar ante la entidad accionada el desacuerdo y posible vulneración de los derechos ventilados en esta instancia.

ii) Urgencia de evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable⁴¹

Descendiendo en el caso que ocupa la atención de la Sala, cabe resonar que por “regla general de improcedencia de la acción de tutela contra estos actos administrativos se funda en la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable [60]. Este supuesto de hecho se presenta cuando «por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediabilmente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción» [61]”⁴².

En ese orden de ideas, ante la posible ocurrencia de un devenir gravoso dada la actuación desplegada por la accionada, esto es, que genere un perjuicio grave, inminente e irremediable⁴³, que haga necesaria la toma de medidas urgentes, el mismo no acontece, pues la actora no acreditó estar frente a un daño próximo inminente que esté por ocurrirle.

Si bien, en su sentir, tal perjuicio deriva de la medida impartida por la Secretaría de Educación Departamental de suspender su nombramiento de forma abrupta, dándole garantías a los docentes que actualmente se encuentran en provisionalidad sin solución de continuidad, es

³⁸ Sentencia T-146 de 2022 M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera

³⁹ Folio 4 y 5 Archivo 03 ídem

⁴⁰ Sentencia T – 800A de 2011 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁴¹ Sentencia SU 067 de 2022 M.P Paola Andrea Meneses Mosquera

⁴² Ibidem

⁴³ Sentencia T - 800A de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

decir, que han prestado el servicio educativo de manera continua, sin suspensión o ruptura de la relación laboral⁴⁴, obviando sus derechos, cimentando así un menoscabo de sus garantías constitucionales; sin embargo, tenuemente manifiesta que la medida se realizó *“sin fundamento legal, por el contrario, violando todas mis garantías constitucionales, afecta no solamente mi situación personal sino familiar”*⁴⁵, sin arrimar prueba alguna que soporte tal afectación o siquiera una idea del estado de vulneración en el que se encuentre actualmente y que permita evaluar la procedencia del resguardo solicitado al menos como mecanismo transitorio⁴⁶, dejando entrever que no existe un perjuicio irremediable que requiera la intervención del juez de tutela, lo que termina por desboronar el segundo requisito de procedibilidad.

iii) Planteamiento de un problema constitucional que desborde el marco de competencias del juez administrativo⁴⁷

En este sentido, la Corte es clara en explicar que *“En tales casos, «las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales» [62]”*⁴⁸.

En concordancia con lo discurrido, se logra constatar que el objetivo principal de la accionante es controvertir el acto administrativo del 08 de marzo de 2023⁴⁹ librado por la Secretaría de Educación de Norte de Santander, afecto al proceso de selección que venía adelantando por intermedio de la plataforma Sistema Maestro para la vacante definitiva en provisionalidad de la Institución Educativa Nuestra Señora del Pilar del municipio de Pamplonita en el área de matemáticas, más concretamente desestimar la presunción de legalidad en la decisión adoptada por esa Secretaría, que estima lesiona sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo, derechos adquiridos y al mérito.

Para esta Instancia es claro que de las circunstancias particulares de la señora María Teresa Flórez Leal no se desprende motivo para pensar que el respeto y garantía de sus derechos no se puedan obtener acudiendo a los mecanismos ordinarios dispuestos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; jurisdicción igualmente garante de los derechos fundamentales reclamados, pero con etapas necesarias para respaldar el derecho de las partes que resulten perjudicadas con las pretensiones de la accionante; además con la posibilidad, reitérese, en cualquier instancia del proceso, de solicitar medidas cautelares, entre ellas, la suspensión de los efectos del acto administrativo cuestionado para proteger y garantizar el objeto del proceso.

En tal orden, se declarará la improcedencia del resguardo.

⁴⁴ Concepto 319811 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

⁴⁵ Archivo 18 ídem

⁴⁶ Sentencia T-260 de 2018 M.P. Alejandro Linares Cantillo

⁴⁷ Sentencia SU 067 de 2022 M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ Folio 4 y 5 Archivo 03 ídem, y/o cualquiera otro(s) acto(s) que resulte(n) pertinente(s).

V. 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: MODIFICAR el fallo impugnado, el cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo constitucional invocado por la señora **MARÍA TERESA FLÓREZ LEAL**, a fin de ordenar su nombramiento y posesión en provisionalidad para la vacante ID 84214 ofertada por el Ministerio de Educación Nacional a través del aplicativo Sistema Maestro, en la cual se postuló.

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

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

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: **ba68b53110b599eaf9a1b910dc41b38372a09f3edb5c64562a86f82745ea57c0**

Documento generado en 03/05/2023 03:07:31 PM

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