



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona
Sala Única de Decisión

-ÁREA CONSTITUCIONAL-

Magistrado Ponente:

DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Pamplona, 23 de mayo de 2023

Acta No. 075

Radicado	54-518-31-84-002-2023-00043-01
Accionante	DORIS AYDEE VALENCIA MORA
Accionadas	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, UNIVERSIDAD LIBRE y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER

ASUNTO

Decide la Sala la impugnación presentada por DORIS AYDEE VALENCIA MORA contra el fallo de tutela de fecha 23 de marzo de 2023 proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pamplona.

ANTECEDENTES

Hechos¹.-

Refiere la accionante DORIS AYDEE VALENCIA MORA que ha laborado en diferentes entidades educativas desde el 2002 y actualmente es docente oficial nombrada, nivel 1A en provisionalidad definitiva en la Institución Educativa Samoré sede Troya (municipio de Toledo) adscrita a la Secretaría de Educación Departamental Norte de Santander.

Afirma que la CNSC por medio del Acuerdo No. 335 de 2022 realizó la convocatoria para el Concurso de Méritos de Directivos y Docentes a nivel

¹ Visto en 02TutelayAnexos, pág. 2-9 del cuaderno digital de primera instancia.

Nacional, la cual por intermedio de la Secretaría de Educación de Norte de Santander solicitó a *“Gobernadores y alcaldes de cada entidad territorial certificada en educación el reporte de los cargos que se encuentren en vacancia definitiva”* y otorgó a la UNIVERSIDAD LIBRE la licitación de dicha convocatoria.

Señala que está cobijada por la estabilidad laboral reforzada ya que presenta luxación de cadera izquierda, la cual es una enfermedad congénita degenerativa, que la legislación ha catalogado como enfermedad catastrófica, ruinosa o de alto costo.

Expone que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL aplicó de manera irregular *“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 y el artículo 1º del Decreto 1415 del 4 de noviembre de 2021”* al reportar la plaza que ocupa como docente en provisionalidad definitiva en la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC).

Concluye que mediante los procesos de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (en adelante CNSC), la UNIVERSIDAD LIBRE y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN vulneran su condición de estabilidad laboral reforzada tras padecer una enfermedad catastrófica, ruinosa o de alto costo, aunado a que desconocen su calidad de *“VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO (DESPLAZADO POR LA VIOLENCIA) o de DOCENTE AMENAZADO CON TRASLADO POR SITUACIÓN DE SEGURIDAD, situación debidamente certificada por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas – UARIV, la Fiscalía General de la Nación – FGN, la Unidad Nacional de Protección – UNP).*

Peticiones².-

Reclama la protección de sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, al trabajo, por conexidad a la primacía de los derechos inalienables, debido proceso, dignidad humana, dignidad del trabajador, seguridad social, salud, los principios de la confianza legítima, equidad, educación de calidad, debido proceso

² Visto en 02EscritoTutela, pág. 3.

administrativo, mérito y la buena administración pública y, en consecuencia, se ordene:

(...) a las Entidades Accionadas que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la Sentencia, deben **EXCLUIR** del reporte de los cargos que se encuentren en vacancia definitiva la plaza que ocupo como docente en provisionalidad definitiva, 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 y el artículo 1º del Decreto 1415 del 4 de noviembre de 2021**, en la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC, a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, 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 DE NORTE DE SANTANDER.**

(...) a las Entidades Accionadas que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la Sentencia, 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)**, convocados por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, la UNIVERSIDAD LIBRE y/o la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE NORTE DE SANTANDER**, al haber reportado la plaza que ocupo como docente en provisionalidad definitiva, en la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC, a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO.

Esta suspensión debe extenderse, hasta tanto el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, la UNIVERSIDAD LIBRE y/o la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE NORTE DE SANTANDER**, revisen a nivel Nacional, que las plazas docentes en provisionalidad definitiva, reportadas en la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC, a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, 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 y el artículo 1º del Decreto 1415 del 4 de noviembre de 2021.**

(...) a las Entidades Accionadas que, una vez producida la decisión definitiva en el asunto en cuestión, remitan a su Despacho, copia del Acto Administrativo mediante al cual acatan lo decidido, con las formalidades de Ley, so pena de las sanciones de ley por **DESACATO** a lo ordenado por Sentencia de Tutela”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA³

El 10 de marzo de 2023 el *A quo* admitió la acción de tutela presentada por DORIS AYDEE VALENCIA MORA contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, CNSC, UNIVERSIDAD LIBRE y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE NORTE DE SANTANDER, y vinculó a los aspirantes al cargo de Docente Nivel 1A para la Institución Educativa Samoré del municipio de Toledo, Sede Troya, convocados por la CNSC mediante los procesos de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes) a los cuales les concedió el termino de 2 días a fin de que ejercieran su derecho de defensa.

Asimismo, solicitó a la CNSC y a la la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE NORTE DE SANTANDER que en el término de 1 día publicaran en el correo institucional el auto admisorio de la presente acción constitucional.

Finalmente, negó la medida provisional solicitada.

Con auto del 16 de marzo de 2023 solicitó a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER que allegara la constancia de la *“publicación en el correo Institucional – en la convocatoria proceso de selección de Docentes y Directivos Docentes números 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 del auto admisorio de la demanda, el escrito de tutela y anexos”*.

RESPUESTA A LA ACCIÓN DE TUTELA

Ministerio de Educación Nacional⁴.-

Asegura que la acción tutelar es improcedente por *“ausencia de la vulneración de los derechos fundamentales”* porque la accionante requiere la protección de sus derechos fundamentales a fin de que *“sea rehabilitada dentro del concurso de mérito en el que participó”*.

Respecto al caso en concreto, determinó que carece de legitimación en la causa por pasiva toda vez que su objetivo recae en *“la formulación, adopción de políticas, planes y proyectos relacionados con la educación en Colombia, con el fin*

³ Visto en 04AutoAdmisorio.

⁴ Archivo 12RespuestaMEN.

de mejorar el acceso de los jóvenes a este nivel educativo, lo que permite, que el País cuente con ciudadanos productivos, capacitados y con oportunidad de desarrollar plenamente sus competencias, en el marco de una sociedad con igualdad de oportunidades”.

Señaló que a partir de la Ley 60 de 1993 el servicio público educativo se descentralizó, por lo que ahora los departamentos, distritos y municipios certificados cuentan con la administración de *“las instituciones públicas, el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos y del manejo de los recursos para el pago de los mismos y mantenimiento de la infraestructura de las instituciones educativas su cargo”*. De ahí que los respectivos alcaldes municipales o gobernador departamentales funjan como superior jerárquico de las Secretarías de Educación.

Expuso que con la expedición de la Ley 715 de 2001 se fijaron las competencias a su cargo, tales como *“Dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media en sus distintas modalidades, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad (...) Administrar, de acuerdo con lo establecido en la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación) las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de acuerdo con la Ley (...) Ejercer la inspección, vigilancia y supervisión de la educación en su jurisdicción”*.

Concluyó afirmando que no existe una violación de los derechos fundamentales alegados por DORIS AYDEE VALENCIA MORA, ya que este órgano no ha incurrido en una *“violación o amenaza efectiva de algún derecho fundamental y una orden en dicho sentido será de imposible cumplimiento para la misma”*. En consecuencia, solicita su desvinculación de la presente acción de tutela

Universidad Libre⁵.-

Manifestó que la institución cumplió con las etapas del proceso de selección, toda vez que el 25 de septiembre de 2022 fue aplicada la prueba escrita de aptitudes y competencias básicas y la prueba psicotécnica, desde el 4 al 27 de noviembre de 2022 se efectuaron las diferentes fases de las reclamaciones y

⁵ Archivo 08RespuestaUniversidadLibre.

complementaciones de las mismas y el 2 de febrero publicó los resultados definitivos de las pruebas escritas.

Evocó que suscribió el contrato No. 108 de 2022 con la CNSC para *“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, para el empleo Docente Primaria”*.

Precisó que *“adquirió obligaciones contractuales únicamente desde la etapa de pruebas para población mayoritaria”*, la cual culminó con la publicación de respuestas a las reclamaciones y resultados definitivos. Sin embargo, en atención al contrato de prestación de servicios No. 328 del 13 de diciembre de 2022 continuará con la etapa de verificación de requisitos mínimos, la prueba de valoración de antecedentes y la prueba de entrevista.

Finalmente, solicitó su desvinculación de la presente acción constitucional toda vez que la inconformidad manifestada por la Accionante se centra en que *“se desconoció su estatus de estabilidad laboral reforzada, por cuanto fue sacado a concurso el cargo que actualmente ostenta en la modalidad de provisional”*, ante lo cual *“no le es dable oponerse jurídicamente”* por cuanto carece de legitimación en la causa por pasiva.

CNSC⁶.-

Indicó que la actora está inscrita en el proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022, en el empleo Docente de Primaria, OPEC 185108 de la Secretaría de Educación Departamento Norte de Santander_Grupo_A_Rural, que el 25 de septiembre de 2022 presentó la prueba escrita de conocimiento específicos y pedagógicos y el 3 de noviembre de 2022 obtuvo un resultado total de 47.81, compuesto por *“su prueba de conocimientos específicos y pedagógicos corresponden a: 57.77; y para su prueba Psicotécnica corresponden a: 73.80”*, por

⁶ Archivo 11 Respuesta CNSC.

lo cual no continúa en el concurso. La Accionante presentó reclamación y su complementación en contra de los resultados de la prueba escrita, ante lo cual la UNIVERSIDAD LIBRE y la COMISIÓN confirmaron dicha puntuación final.

Aclara que para superar la prueba de conocimientos específicos y pedagógicos y continuar en el proceso de selección, es necesario obtener una puntuación igual o superior a sesenta (60.00) puntos.

Asevera que la petente actúa de mala fe, puesto que *“en su momento decidió inscribirse al proceso de selección y ahora que no superó las pruebas escritas y fue excluida del mismo, decide solicitar la exclusión de dicha vacante, tratando de perjudicar a todos los aspirantes que sí pasaron las pruebas escritas y continúan dentro del Proceso de Selección”*.

Advierte que tomar una decisión diferente a la adoptada en el proceso de selección *“vulneraría los derechos de igualdad, y debido proceso de los aspirantes que continúan en el proceso”* puesto que se le otorgaría una “preferencia” a la tutelante.

Concluyó señalando que no se han vulnerado los derechos fundamentales de la Accionante, ya que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE ANTIOQUIA (GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA) (sic) son las facultadas para realizar los nombramientos. Por lo tanto, solicita negar las pretensiones requeridas por la actora o desvincularla del trámite constitucional por carecer de legitimación en la causa por pasiva.

Secretaría de Educación de Norte de Santander⁷.-

Afirma que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la CNSC fueron las Entidades que desarrollaron el proceso de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos y Docentes) cuyo destinatario era la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO.

En relación al interrogante elevado por el *A quo*, declaró que conforme a los procesos de selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes), todas las vacantes del departamento fueron ofertadas

⁷ Archivo 16RespuestaSecretariadeEducacióndelNS.

mediante procedimiento a cargo de la CNSC, por lo que desconoce *“la técnica jurídica empleada y los momentos procedimentales del mismo”*.

Refiere que la actora no remitió condición de estabilidad laboral reforzada, pues se limitó a enviar recomendaciones laborales, en las cuales *“el Médico Especialista en salud ocupacional hace unas recomendaciones en posturas, usos y desplazamientos tanto al trabajador como al empleador para que el Directivo (Rector) las aplique”*, como tampoco solicitó que no se ofertara la plaza que ocupaba respaldada en su condición de salud. Adicionalmente, señala que no existe evidencia de radicación por calificación de invalidez a cargo de la EPS o la ARL.

Concluyó manifestando que no ha vulnerado los derechos de la Accionante y que carece de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la competencia respecto a la presente acción de tutela recae en la CNSC y la UNIVERSIDAD LIBRE, por ello solicita su desvinculación.

Doris Aydee Valencia Mora⁸.-

En atención al requerimiento efectuado por el Juzgado de conocimiento, la Accionante dio respuesta con oficio calendado 14 de marzo de 2023 por medio del cual informó que mediante el proceso de selección No 2406 de 2022 se ofertó la plaza de la sede Troya, la cual actualmente ocupa, asimismo, que en octubre ofertarán las plazas para traslados y desconoce si ha sido solicitada por quienes superaron el concurso debido a que *“perdí el concurso”*.

En este sentido, anexa comprobante de *“sumatoria de puntajes obtenidos en el concurso”* cuyo resultado total es de 47.81, por lo cual *“NO CONTINÚA EN CONCURSO”*.

Destaca que cuenta con estabilidad laboral ya que su salud se deteriora cada día, es madre cabeza de hogar, pues *“cuento con un hijo menor de edad que debo velar por él y además se encuentra estudiando, además tengo una hija con un niño de 13 meses que depende de mí económicamente”*, aunado a que su esposo desde el 11 de junio de 2020 se encuentra detenido en la Cárcel Modelo de Cúcuta.

⁸ Archivo 10RespuestaAccionante.

Relata que no cuenta con valoración por la Junta Regional de Invalidez, pues *“cobran un mínimo y mis ingresos son muy bajos y no me alcanza”*, no obstante, cuenta con una valoración por médico laboral y las recomendaciones de salud ocupacional y realiza las gestiones necesarias para adquirir el certificado de discapacidad.

Guardaron silencio los aspirantes al cargo de Docente Nivel 1A para la Institución Educativa Samoré del municipio de Toledo, Sede Troya, convocadas mediante el proceso de selección de Docentes y Directivos Docentes No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022.

SENTENCIA IMPUGNADA⁹

Mediante fallo de fecha 23 de marzo de 2023 el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de esta municipalidad declaró improcedente el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados por la Accionante, por cuanto no encontró satisfecho el requisito de subsidiariedad.

Inicialmente, determinó que la acción de tutela no es procedente contra actos administrativos que regulan y ejecutan los concursos de méritos, por cuanto no constituye un *“recurso alternativo de los mecanismos de defensa establecidos por el ordenamiento jurídico para regular la protección de los derechos, y menos se constituye una vía para esquivar las decisiones adoptadas en los trámites administrativos”*.

Expresó la primera instancia que la Accionante no agotó todos los recursos o medios ordinarios de defensa que tiene a su alcance dado que cuenta con medios ordinarios, idóneos y eficaces para la protección de sus derechos fundamentales, principalmente, las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Seguidamente, advierte que la actora no ejerció tales medios de control frente al Acuerdo No. 335 del 31 de mayo del 2022, acto de carácter general que contiene los lineamientos que direccionan el proceso de selección para proveer las vacantes definitivas para el cargo de Directivo Docente correspondiente al

⁹ Archivo 18Sentencia.

Departamento de Norte de Santander, esto es el Proceso de Selección No. 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes).

Plantea que si hubiese acudido a estos medios la acción constitucional “*cumpliría el requisito de haber sido ejercida como mecanismo subsidiario en procura de la protección transitoria de los derechos fundamentales que se consideran como presuntamente vulnerados*”. No obstante, la Actora utiliza la tutela como mecanismo principal para obtener la invalidación o inaplicación de los actos administrativos convirtiéndola en sustitutiva de los procesos establecidos en la legislación para tal fin.

Asegura que al acudir a dichos medios, igualmente podía solicitar las medidas cautelares contempladas en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 a fin de suspender los efectos de los actos administrativos cuestionados.

Determina que la accionante no es un sujeto de especial protección constitucional, en vista de que tiene 46 años y si bien alude que padece de “*LUXACIÓN DE CADERA IZQUIERDA*”, la misma no es considerada por el Ministerio de Salud como una enfermedad catastrófica, ruinosa o de alto costo. Además, no cuenta con un dictamen de pérdida de capacidad laboral que acredita dicha condición, ni dispone de una calificación de invalidez expedida por la EPS o la ARL a la cual está afiliada, ni informó su condición a la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE EDUCACIÓN.

Finalmente, preciso que la Actora no acreditó su condición de ser madre cabeza de familia, ya que no allegó “*siquiera*” los registros civiles de sus dos menores hijos, ni probó su condición de ser víctima del conflicto armado.

IMPUGNACIÓN¹⁰

Fue propuesta solitariamente por la Accionante, quien, en esencia, reiteró la argumentación expuesta en el libelo inicial.

Expresó que aunque la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo principal para discutir sobre los Procesos de Selección No. 601 de 2018, 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022, es ignorado el perjuicio

¹⁰ Visto en 10ImpugnaciónNuevaEPS y 11Impugnación2NuevaEPS.

irremediable que le causa la *“actuación irregular de la Administración”*, el cual la Corte Constitucional abordó en la sentencia T 318 del 12 de mayo de 2017 en la concluye que *“enerva la intervención inmediata del Juez Constitucional en aras de proteger el derecho fundamental conculcado”*.

Señaló que existen excepciones de la subregla del principio de subsidiaridad tales como que *“existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido, así como de que se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección invocada (...) No basta que teóricamente exista la posibilidad de acudir a medios ordinarios, sino que, habida consideración de las circunstancias particulares del caso, es necesario comprobar que la posibilidad es cierta”*.

Aseguró que iniciar el trámite ante la jurisdicción administrativa conllevaría a una vulneración a su protección constitucional a la estabilidad laboral reforzada por padecer de una enfermedad catastrófica, ruinosa o de alto costo.

Expuso que bajo la figura de la estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional determinó en la sentencia T 405 de 2022 que *“los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos deben prevalecer, puesto que la condición de SEPC no otorga a quienes ocupan el cargo en provisionalidad estabilidad laboral reforzada strictu sensu, dada la naturaleza temporal del vínculo, no es menos cierto que también estableció (...) asegurar que los SEPC sean los últimos en ser desvinculados y (ii) en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible, vincular al sujeto nuevamente en forma provisional en “cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupado”*.

Aseveró 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.

Reiteró que padece una enfermedad catastrófica, ruinosa o de alto costo que la cobija bajo la estabilidad laboral reforzada, la cual merece una especial protección del Estado y que puede ser garantizada mediante la acción de tutela. En este sentido, evoca la la sentencia T 447 de 2017 emitida por la Corte Constitucional en

la cual establece que *“Las enfermedades catastróficas son las afecciones graves, por lo general incurables, que ponen en peligro constantemente la vida de los pacientes, de igual forma, configuran diagnósticos clínicos cuyos tratamientos son costosos, que necesitan de muchos cuidados para su control, alteran totalmente la vida de los pacientes y de sus familias; afectando directamente sus rutinas domésticas, su trabajo, y las actividades que desempeñan en el quehacer diario”*.

Advierte que existe un daño inminente en el evento de ser desvinculada injustificadamente de su empleo, pues al ostentar la calidad de madre cabeza de familia recaen sobre ella todas las cargas económicas familiares, por lo que goza 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.

Indica que existe un orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera respecto a las medidas afirmativas en favor de las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada, en los casos en que *“la lista de elegibles para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa esté conformada por un número menor de personas que el de vacantes ofertadas”*, en el cual primero se encuentran las personas con enfermedades catastróficas, luego quienes acrediten la condición de padre o madre cabeza de familia, en tercer lugar, quienes ostentan la condición de prepensionados y por último, los aforados sindicales.

Además, en su farragoso recurso hizo citación extensa de precedentes jurisprudenciales constitucionales que aluden a la protección de prepensionados y mujeres maternas.

Finalmente, solicitó revocar el fallo de tutela y, en su lugar, conceder las pretensiones contenidas en el escrito tutelar.

CONSIDERACIONES

Competencia.-

Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación de la acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la constitución Política de

Colombia, artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991 y por lo dispuesto en el Decreto 1983 de 2017 modificado por el Decreto 333 de 2021.

Problema Jurídico.-

Determinar si la acción satisface los requisitos generales de procedibilidad, y si es así, de acuerdo a la congruencia entre lo determinado por el *A quo* y lo apelado por la tutelante, establecer: *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; y *ii)* si las entidades accionadas y vinculadas, al haber ofertado la plaza docente de aula que ocupa la 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, igualdad, al trabajo, por conexidad a la primacía de los derechos inalienables, debido proceso, dignidad humana, dignidad del trabajador, seguridad social, salud, los principios de la confianza legítima, equidad, educación de calidad, debido proceso administrativo, mérito y la buena administración pública.

Caso Concreto.-

1.- Respecto a la **legitimación en la causa**, la tutela es incoada por DORIS AYDEE VALENCIA MORA quien tiene un *“interés directo y particular”*¹¹ respecto de las pretensiones elevadas en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la CNSC, la UNIVERSIDAD LIBRE y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER, entidades de las cuales se reputa un actuar vulneratorio de los derechos fundamentales reclamados por la actora, satisfaciéndose también tal requisito en su aspecto pasivo.

2.- Respecto al parámetro de **subsidiariedad** en el caso propuesto, como primera medida, debe expresarse que el mérito es, por orden expreso de la Constitución Nacional, el criterio que determina el ingreso, permanencia y ascenso en los cargos públicos:

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T 511 de 2017.

El mérito es un mandato general de optimización, predicable tanto de las personas que pretendan ejercer los empleos públicos (artículo 122 de la Constitución), como para el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares (artículos 116 inciso 4, 123, inciso 3 y 210 inciso 1). Este principio constitucional busca que la realización de los fines esenciales del Estado (artículo 2 de la Constitución), particularmente el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, se confíe a personas idóneas, en razón de sus conocimientos, experiencia, aptitudes y destrezas y, de esta manera, la función administrativa, que está al servicio de los intereses generales, se desarrolle con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 de la Constitución)¹².

En esa lógica, pontificó la Alta Corporación que quienes han sido vinculados en provisionalidad no pueden tener expectativas de permanencia indefinida:

Por el contrario, el nombramiento de empleados en provisionalidad es una figura excepcional, en la que personas que no detentan previamente la calidad de servidores públicos, que no son seleccionadas mediante un concurso de méritos, aspiran a ser seleccionadas para el ejercicio transitorio de empleos de carrera mediante una relación de empleo público provisional, que genera un vínculo precario con el Estado, cuya estabilidad relativa depende de la provisión del cargo de carrera mediante el correspondiente concurso de méritos, por lo que, no otorga al empleado en provisionalidad los derechos propios de la carrera y, por consiguiente, no genera expectativas de permanencia indefinida en el cargo, ni siquiera a sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia¹³.

También la Alta Corporación calibró el alcance que puede tener la estabilidad de los servidores vinculados en provisionalidad:

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 previamente¹⁴.

¹²Corte Constitucional, sentencia C 503 de 2020.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C 503 de 2020.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU 446 de 2011.

Así, reiteró la Corte Constitucional que la provisionalidad (aún extendiéndose por lapsos prolongados), debe ceder ante el advenimiento de los empleados de carrera:

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”*¹⁵.

Por regla general no es la tutela el mecanismo para debatir las decisiones proferidas dentro de un concurso de méritos:

59.- En desarrollo de lo anterior, en su jurisprudencia reiterada¹⁶, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial de protección previsto para controvertir los actos proferidos en el marco de un concurso de méritos, cuando estos son susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Tal circunstancia es particularmente relevante, cuando el proceso de selección ha concluido con la elaboración y firmeza de la lista de elegibles¹⁷.

La norma imperante de improcedencia de la acción de tutela tratándose de concursos de méritos debe considerar también que al interior del trámite contencioso administrativo existe la posibilidad de solicitar medidas cautelares:

62.- Ahora bien, con la introducción al ordenamiento jurídico de la Ley 1437 de 2011 (en adelante *“CPACA”*¹⁸), se amplió la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al mismo tiempo que se previó la reducción en la duración de los procesos. De esta manera, el análisis de procedencia de la acción de tutela también implica tener en cuenta estas nuevas herramientas¹⁹.

¹⁵ Sentencias SU-446 de 2011 y T-464 de 2019.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencias T-388 de 1998, T-095 de 2002, SU-913 de 2009, T-556 de 2010, T-169 de 2011, T-156 de 2012, T-604 de 2013, T-180 de 2015, T-610 de 2017, T-438 de 2018, T-227 de 2019, T-425 de 2019, entre otras.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T 081 de 2022.

¹⁸ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-610 de 2017.

Con todo, aleccionó la Corte que no puede descartarse automáticamente la procedencia de la acción de tutela, pues para tales casos debe realizarse un análisis concreto del caso:

63.- Por lo demás, en la sentencia SU-691 de 2017, la Corte argumentó que estas nuevas herramientas permiten materializar la protección de los derechos de forma igual, o incluso superior a la acción de tutela, en los juicios de carácter administrativo. Sin embargo, advirtió que ello no significa la improcedencia automática y absoluta del amparo constitucional, ya que los jueces tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, **un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”²⁰**. (Negrilla fuera de texto).

Con base en lo anterior concluyó la Alta Corporación:

64.- De esta manera, si bien la regla general indica la improcedencia de la acción de tutela para dirimir los conflictos que se presentan en el marco de los concursos de méritos, cuando existen actos susceptibles de control judicial y, especialmente, cuando las listas de elegibles adquieran firmeza, lo cierto es que la jurisprudencia **constitucional ha fijado algunas subreglas para orientar en qué casos el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es eficaz, entendiéndose que no permite materializar el principio del mérito en el acceso a los cargos públicos²¹. Ello bajo la consideración previa de que, desde un examen abstracto, tal medio goza de idoneidad²²**. (Negrilla fuera de texto)

En este contexto, la Corte Constitucional determinó la viabilidad de la acción de tutela superando la exigencia de la subsidiariedad reservando sólo cuatro eventos de procedencia definitiva de la acción de tutela tratándose de concurso de méritos:

65.- En este sentido, la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente de forma definitiva para resolver controversias relacionadas con concursos de méritos, cuando (i) el empleo ofertado en el proceso de selección cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley²³; (ii) se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T 081 de 2022.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-049 de 2019. Refiere a la incapacidad de la Jurisdicción Contenciosa para ofrecer respuestas eficaces cuando “la fecha para la aplicación prueba psicotécnica podría representar una amenaza al derecho a la libertad de cultos”.

²² Corte Constitucional, sentencia T 081 de 2022.

²³ Corte Constitucional, sentencias T-509 de 2011, T-604 de 2013, T-748 de 2013, SU-553 de 2015, T-551 de 2017, T-610 de 2017 y T-059 de 2019.

elegibles²⁴; (iii) el caso presenta elementos que podrían escapar del control del juez de lo contencioso administrativo, por lo que tiene una marcada relevancia constitucional²⁵; y, finalmente, (iv) cuando por las condiciones particulares del accionante (edad, estado de salud, condición social, entre otras), a éste le resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario²⁶.

Acogiendo tal precedente, tenemos, respecto al “*contenido de la pretensión*”, que la Accionante procura que se suspendan las etapas restantes del proceso de selección y que se excluya el cargo que hoy ocupa del reporte de cargos en vacancia merced a su condición de madre cabeza de familia, paciente de enfermedad catastrófica y víctima de la violencia.

Respecto al análisis de tales pretensiones, imperativo para determinar la eficacia del mecanismo ordinario de nulidad y restablecimiento y la correlativa obligación de su agotamiento previo, debe concluirse que son temáticas que no escapan al control del juez administrativo. Además, no se avizora que se estén desconociendo ostensiblemente las condiciones de igualdad y transparencia que deben gobernar el trámite de un concurso que eventualmente podría a ver de la tutela el mecanismo central.

Con relación a las “*condiciones particulares de la accionante*”, tenemos que nació el 29 de octubre de 1976²⁷ (46 años), por lo que no se encuentra en las categorías de adulto mayor ni de tercera edad²⁸ ni asume el carácter de prepensionada²⁹.

Además, dijo padecer una “*ENFERMEDAD CATASTRÓFICA, RUINOSA O DE ALTO COSTO*”, cual es la “*LUXACION DE CADERA IZQUIERDA*”, la cual no

²⁴ Corte Constitucional, sentencias SU-136 de 1998, T-455 del 2000, T-102 de 2001, T-077 de 2005, T-521 de 2006, T-175 de 2009, T-556 de 2010, T-156 de 2012, entre otras.

²⁵ Corte Constitucional, sentencias T-785 de 2013, T-160 de 2018, entre otras.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T 081 de 2022.

²⁷ Folio 40, archivo02.

²⁸ “*Conviene precisar que el término “persona de la tercera edad” y el concepto “adulto mayor”, que a menudo se usan indistintamente, no pueden ser empleados como sinónimos. El concepto “adulto mayor” fue definido en la Ley 1276 de 2009. En ella se apela a la noción de “vejez” propia del sistema de seguridad social en pensiones, con el fin de identificar la población destinataria de la atención integral en los centros vida. De cara a lo dispuesto por el Legislador en esa norma, será adulto mayor quien supere los 60 años o aquel que sin superar esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de “desgaste físico, vital y psicológico [que] así lo determinen”. Por su parte, la calidad de “persona de la tercera edad” solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor*”. Corte Constitucional, sentencia T 013 de 2020.

²⁹ “4.5. Por esta razón, conforme a la regla prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, esta Corporación concluyó, en sus tempranos pronunciamientos, que para determinar si un trabajador tenía la calidad de prepensionado, había que verificar si en los tres años siguientes a la fecha de su desvinculación, lograría adquirir la edad y el mínimo requerido de semanas para acceder al derecho si estaba afiliado al RPM, u, obtendría el capital necesario para hacerse al beneficio pensional si se encontraba en el RAIS”. Corte Constitucional, sentencia T 055 de 2020.

aparece enlistada en la Resolución Nro. 5265 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social *“Por la cual se actualiza el listado de enfermedades huérfanas”*.

Respecto a la posibilidad de considerar la dolencia como catastrófica, manifestó la Accionante que su *“condición de salud (le) exige de (sic) asistir de manera periódica a controles médicos, todas estas patologías requieren de la adquisición permanente de medicamentos y exámenes de alto costo”*, por lo que considera que encaja en los términos de la sentencia T 447 de 2017³⁰.

Sin embargo, la historia clínica de 8 de agosto de 2022 (que acompaña el libelo inicial), desdice de la imperatividad del tratamiento y la frecuencia de la atención médica inherentes a las enfermedades catastróficas, puesto que a pesar de que se indicó que la enfermedad es congénita, allí se anotó que la *“paciente (fue) valorado (sic) por ortopedia hace 3 años, tratamiento quirúrgico, la paciente lo pospone para otro momento”*³¹.

Así, concluye esta Corporación que la dolencia expuesta por DORIS AYDEE VALENCIA MORA no constituye una enfermedad catastrófica.

Además, tampoco acreditó la Accionante encontrarse en condición de discapacidad, pues ningún dictamen que así lo concluya se acompañó a la actuación. En todo caso, para determinar si actualmente existe una limitación física antigua o sobreviniente que le impida emplearse, debe considerarse que DORIS AYDEE VALENCIA MORA manifestó encontrarse laborando en el cargo al que aspira a permanecer desde el 25 de julio de 2012.

También afirmó la promotora del amparo que es madre cabeza de familia y *“VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO (DESPLAZADO POR LA VIOLENCIA) o de DOCENTE AMENAZADO CON TRASLADO POR SITUACIÓN DE SEGURIDAD”*. Respecto a la existencia de supuestas amenazas a su seguridad, no planteó (ni mucho menos demostró) en qué consisten ni cómo se relacionan con su permanencia en el cargo.

³⁰ *“33. Las enfermedades catastróficas son las afecciones graves, por lo general incurables, que ponen en peligro constantemente la vida de los pacientes, de igual forma, configuran diagnósticos clínicos cuyos tratamientos son costosos, que necesitan de muchos cuidados para su control, alteran totalmente la vida de los pacientes y de sus familias; afectando directamente sus rutinas domésticas, su trabajo, y las actividades que desempeñan en el quehacer diario. Por ende, los pacientes a quienes se les diagnostique una enfermedad de este tipo, tienden a pasar a depender, total o parcialmente, de medicamentos, sesiones de rehabilitación, cirugías paliativas o curativas, el suministro de insumos (sillas de ruedas o prótesis por ejemplo), tratamientos ininterrumpidos como las diálisis o trasplantes; lo cual hace necesario que cuenten con ayuda física, emocional y muchas veces económica para el manejo de las respectivas enfermedades”*. Corte Constitucional, sentencia T 447 de 2017.

³¹ Folio 53, archivo 02

Respecto a la condición de madre cabeza de familia, tal calidad (que tampoco se acreditó), junto a la de prepensionada y discapacitada, en modo alguno impiden el trámite y conclusión del concurso de méritos, pues apenas otorgan es la posibilidad de que los cargos ocupados sean ofertados al final del proceso:

Los nombramientos en provisionalidad, así sea por un periodo largo de tiempo, no pueden generar expectativas de estabilidad laboral, puesto que de acuerdo con su naturaleza, son nombramientos transitorios, circunstancia que es conocida por quien es nombrado en esas condiciones desde el inicio de su vinculación, sin que sea válido posteriormente aducir por ello la vulneración de algún derecho. **Sin embargo, en relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse (a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos), y las personas en situación de discapacidad, nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial.** Este, consiste en prever mecanismos para garantizar que los servidores públicos en las condiciones antedichas, sean los últimos en ser desvinculados cuando existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupan vacantes. En cualquiera de las condiciones descritas no se otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, pero su condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarles un trato especial. No es posible entonces, por la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, crear un privilegio que le permite a los empleados públicos nombrados en provisionalidad permanecer en sus empleos de manera indefinida, disfrutando de las prerrogativas de los funcionarios de carrera que no le son reconocidas a otros empleados y ciudadanos que aspiran a vincularse con la administración pública. Mientras éstos deben someterse a un proceso de selección público y abierto, aquellos gozan indefinidamente de estabilidad en el cargo sustraídos de la obligación de demostrar su mérito³². (Negrillas fuera de texto).

Por las anteriores consideraciones, en las que se expuso cómo las pretensiones y situación personal de la Accionante no encajan dentro del régimen excepcional de operatividad de la acción de tutela que permite desplazar la nativa jurisdicción contencioso administrativa, debe concluirse que no se satisface el requisito de subsidiariedad, y, por ende, deberá confirmarse la decisión de primera instancia.

3.- En el mismo sentido, respecto a la posibilidad de emitir órdenes afirmativas que atiendan circunstancias que justifiquen que la plaza sea ofertada entre las

³² Constitucional, sentencia C 640 de 2012.

últimas, no se acreditó que la Accionante haya informado a las entidades concernidas de la satisfacción de los requisitos que podrían ameritar su reconocimiento, por lo que también debe concluirse que no se satisface el requisito de subsidiariedad respecto a éstas.

En mérito de 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 la sentencia proferida el 23 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pamplona, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

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

La presente decisión fue discutida y aprobada en sala realizada el día 23 de mayo de 2023.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
Magistrado


JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Magistrado
(En permiso)



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
Magistrado

Firmado Por:

Nelson Omar Melendez Granados
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Juzgado De Circuito
Promiscuo 1 De Familia
Cucuta - 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: **28458bdbf17992e98c967bc3b0acbee6106f433fb5dc13ef55a87d48c520c1fa**

Documento generado en 23/05/2023 11:56:15 AM

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