



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó
Sala Única

SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

Aprobada en Sala de la fecha

Quibdó, veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADA PONENTE:

DRA. LUZ EDITH DIAZ URRUTIA

PROCESO	TUTELA
ACCIONANTE	EMIL YESID MENA RENTERIA
ACCIONADO	MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y OTROS
TEMA	DEBIDO PROCESO
RADICADO PROCESO	27001 – 22 – 08 – 000 – 2017 – 00159– 00
DECISIÓN	NIEGA POR IMPROCEDENTE

ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala, dentro de la oportunidad legal, a proferir sentencia de primera instancia, dentro de la acción de tutela impetrada por el señor **EMIL YESID MENA RENTERIA** contra **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y OTROS**, al considerar vulnerado su derecho fundamental al **DEBIDO PROCESO**.

SUSTENTO FACTICO DE LA RECLAMACIÓN.- Como hechos básicos del amparo pretendido, aduce el apoderado del accionante los siguientes:

Que Señor **Emil Yesid Mena Rentería** Licenciado en Educación Física, en el año 2012 se inscribió al concurso abierto de mérito para proveer los empleos vacantes de Etnoeducadores Directivos Docentes y Docentes que prestan su servicio educativo a Población Afrocolombiana, Negra, Raizal y Palenquera en establecimiento educativo oficiales de la entidad territorial certificada en educación, que para el efecto convocó la Comisión Nacional de Servicio Civil -CNSC- mediante el Acuerdo Número 0277 del 02 de Octubre de 2012, modificado parcialmente por el No. 402 del 22 de Abril de 2013.

Que el Ministerio de Educación Nacional-MEN-, el día 05 de Octubre de 2012 expidió la Resolución número 12569 *“por el cual se fija el cronograma para la realización del proceso ordinario de traslados de docentes, directivos docentes*

oficiales en el 2012, en las entidades territoriales certificadas en educación” en la que se estableció como plazo para los traslados ordinarios, el 11 de enero de 2013.

Que la -CNSC- el día 28 de Febrero de 2013, recibió comunicación de la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial –Departamento del Chocó-, mediante la cual reportó la -OPEC- con 380 vacantes de directivos docentes y docentes, siendo igual el número de vacantes, a las reportadas a 13 de agosto de 2012.

Que mediante la Resolución 1955 del 24 de Abril de 2015, se conformó la lista de elegible para proveer cuarenta (40) vacantes de etnoeducadores docentes de educación física, recreación y deporte de las instituciones educativas oficiales que atienden población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera en el departamento del Chocó, lista de elegibles en la que ocupó el puesto número 50.

Que en el mes de Septiembre del año 2016, fue llamado por el Secretaría de Educación del Departamento del Chocó-SEDCHOCÓ- Sección Talento Humano, para que se presentara a fin de hacerme efectivo el nombramiento conforme a la convocatoria número 233 de 2012 de - Etnoeducadores, Directivos Docentes y Docentes -. Causándole extrañeza, que cuando se presentó a materializar el llamado en la entidad, le dijeron que por error humano el suscrito no sería nombrado, por cuanto se habrían efectuado unos malos “irregulares” nombramientos de Docentes de la lista Elegible en comento.

Que en el mes de marzo del año 2017 fue nombrado el número 46 de la Lista elegibles sin tener en cuenta el estudio técnico de parámetros para la vigencia 2017, Docente **FRANCIS DARLEY PALACIOS RAMOS**, quien se identifica con el número de cédula de ciudadanía 1.077.440.009 de Quibdó, en la **Institución Educativa Luis López de Mesa** del Municipio de Bahía Solano.

Que el número 83 de la Lista elegible Docente **JORGE BREITER GÓMEZ SÁNCHEZ**, quien se identifica con el número de cédula de ciudadanía 1.133.664.260 de Condoto, también fue nombrado de forma irregular, porque para nombrarlo no se tuvo en cuenta ni el estudio técnico de parámetros, ni el orden descendente de la lista de elegibles.

Que teniendo en cuenta las diferentes informaciones tanto de rectores de Instituciones Educativas, como de Docentes de varios municipios, me han manifestado que en el Departamento del Chocó actualmente existe la necesidad del servicio educativo en el Área de Educación Física, Recreación y Deporte en las siguientes instituciones educativas; a saber:

Que la Resolución Número 1955 del 24 de Abril de 2015, conforma la lista elegible para proveer cuarenta (40) vacantes y el parágrafo del artículo 11 del Decreto Ley 1278 de 2002, expresa que la lista tiene una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su firmeza (2015-05-05), lo que quiere decir, que conforme a la norma en precedencia vencía el día (05) del Mes (05) del 2017.

Que antes de que venciera la lista, fue llamado el accionante a la Secretaría de Educación del Chocó el día (28) Mes (04) de 2017, para que se acercara a firmar su nombramiento en período de prueba, conforme al concurso que había presentado y, había superado la prueba satisfactoriamente; pero se encuentra con la sorpresa después que firma el contrato, que no se trataba de un nombramiento en período de prueba, sino que había firmado un nombramiento en Provisionalidad Vacancia Temporal en la Planta Global de cargos de la Secretaría de Educación Departamental del Chocó, mediante Decreto Número 370 de abril 28 de 2017 como Docente de Aula, código 9001, Área de Básica Primaria en el Cuchillo Blanco Sede Principal del Municipio de Ríosucio, olvidándose la Secretaría de Educación del Chocó que el Docente debía haber sido nombrado en la planta única, por haber cumplido los requisitos que exigen las leyes 715 de 2001 y 115 de 1994, para acceder a la Carrera Administrativa Docente.

Que el día 30 de septiembre de los cursantes, su mandante fue separado del cargo de forma definitiva, cuando en virtud tanto del concurso y la Resolución Número 1955 de 24 de Abril de 2015, por medio de la cual se conforma la Lista Elegible para proveer cuarenta (40) vacantes de Etnoeducadores Directivos Docentes que prestan su Servicio Educativo Oficiales de la entidad territorial certificada en Educación del Departamento del Chocó, no debió ser retirado de su cargo, porque antes de que se venciera la Lista de Elegibles fue vinculado al servicio educativo, teniendo como referencia que la única razón por la cual lo llamaron, fue por haber ganado el concurso público de mérito.

PRETENSIONES.- Conforme a los hechos narrados solicita lo siguiente:

Tutelar sus derechos fundamentales al Debido Proceso, al Trabajo, a la Igualdad, Mínimo Vital Móvil, a la Libre Profesión y Oficio y, como consecuencia, ordenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional, Comisión Nacional de Servicios Civil-CNSC-, Gobernación Departamento del Chocó y Secretaría de Educación del Chocó-SEDCHOCÓ que en un término no mayor a 48 horas, proceda a nombrar en propiedad en la planta única docente (carrera administrativa) al Señor **EMIL YESID MENA RENTERÍA** en el Área de Educación Física Recreación y Deporte, por haberse abstenido la Secretaría de Educación del Chocó de publicar y proceder a realizar los nuevos nombramientos conforme al estudio técnico de parámetros de los años 2015, 2016 y 2017 a los demás docentes que seguían en el orden en la Lista elegible o Resolución Número 1955 del 24 de Abril de 2015, de acuerdo al mandato expreso del parágrafo del artículo 8 del Acuerdo 0277 del 02 de Octubre de 2012.

Que se ordene a la **Nación-Ministerio de Educación Nacional, Comisión Nacional de Servicios Civil-CNSC-, Gobernación Departamento del Chocó, Secretaría de Educación del Chocó-SEDCHOCÓ** a actualizar a su mandante en el escalafón, ubicándolo en el grado o nivel que debería de haber estado de conformidad con las normas legales vigentes.

PRUEBAS.- Obran en copia como tales las siguientes:

- Poder para actuar;
- Copia del Acuerdo Número 0277 del 02 de Octubre de 2012
- Copia del Acuerdo Número 402 del 22 de Abril de 2013,
- Copia de la Resolución Número 1955 del 24 de abril de 2015,
- Copia del oficio expedido por el administrador temporal para el sector educativo en el Departamento del Chocó.
- Copia de las ofertas públicas de empleo de carrera docente –OPEC-
- Copia de los derechos de petición y las respectivas respuestas de los mismos desde el año 2016 a 2017.
- Copia del Formato único de la hoja de vida de EMIL YESID MENA RENTERÍA.
- Copia del Decreto Número 370 del 28 de abril de 2017, por medio del cual se nombra al actor en Provisionalidad Vacancia Temporal.
- Copia del Oficio que envió el Contralor y el personero Estudiantil a la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó.
- Copia del Oficio enviado por el Representante Legal del Consejo Comunitario, el Representante del Consejo Directivo y Representantes de los Padres de familia a la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó.
- Copia de la Constancia de Servicio del Docente EMIL YESID MENA RENTERÍA expedida por el Director del Centro Educativo Cuchillo Blanco, donde adicional a eso, él le pide al señor secretario de Educación la posibilidad de renovarle el contrato a este docente.
- Copia de la letra de cambio donde está evidenciado las deudas que he tenido que asumir para mí congrua subsistencia.

ADMISIÓN Y TRÁMITE.- La admisión de la solicitud de amparo se produjo el 17 de octubre de 2017, disponiendo correr traslado a las entidades accionadas, para que se pronunciaran sobre los hechos y las pretensiones de la demanda de tutela.

Se dispuso igualmente vincular a este trámite a los integrantes de la lista de elegibles del concurso de etnoeducadores de la convocatoria 0277 del 02 de octubre de 2012.

Enseñan las foliaturas que dentro del término concedido se pronunciaron los accionados así:

EL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.- A través de la doctora MAGARITA MARI RUIZ ORTEGON, Asesora Jurídica de la entidad, alega la falta de legitimación en la causa del Ministerio de Educación Nacional. Señala que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 60 de 1993, el servicio público educativo se descentralizó y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL certificó a los

departamentos que reunían los requisitos exigidos en la ley y les hizo entrega de la administración de las instituciones educativas al 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 a su cargo.

Aclara que el Ministerio de Educación Nacional no representa ni es superior jerárquico de las Secretarías de Educación, cuyo superior jerárquico es el respectivo alcalde municipal o gobernador departamental.

Solicita DESVINCULAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL de la presente acción de tutela porque no ésta desconociendo ni vulnerando derecho fundamental alguno.

LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - ADMINISTRACIÓN TEMPORAL PARA EL SECTOR EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ.- MARIO GUSTAVO FLÓREZ ASPRILLA, Apoderado General de la Secretaría de Educación Departamental se pronuncia en el siguiente sentido:

Analiza lo planteado por el accionante en su escrito tutelar; se hace necesario precisar su señoría que mediante Acuerdo N° 0277 del 02 de octubre de 2012, a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad encargada de la administración de la carrera administrativa, se convocó a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de etnoeducadores directivos docentes y docentes que presten su servicios educativos a población afrocolombiana negra, raizal y palenquera, en establecimientos educativos oficiales de la entidad territorial certificada en educación Departamento del Chocó. En los cargos a proveer mediante dicho concurso, se encontraba como lo indicó el artículo 8° (Empleos Convocados) del acuerdo en mención, cuarenta y cinco (45) vacantes de docentes en el área de Educación Física, Recreación y deporte, en el nivel de básica secundaria.

Luego que se efectuara a finales del año 2012 y comienzos del 2013, el proceso de traslado ordinario por parte de esta Administración Temporal para el Sector Educativo del departamento del Chocón, y dado el gran número de movimientos efectuados en virtud de dicho proceso; la CNSC en coordinación con el Ministerio de Educación Nacional consideraron pertinente actualizar la oferta pública de empleo convocada, para lo cual se solicitó a la Entidades, actualizar las vacantes existentes. Fue así que mediante Acuerdo N° 402 del 22 de Abril del 2012, la CNSC, modificó el Acuerdo No.277 de 2012, estableciendo como cargos a proveer en el área de Educación Física, Recreación y deporte, en el nivel de básica secundaria cuarenta (40) vacantes, es decir, se disminuyó, el número de empleos convocados en dicha área. (Ver folio marcado con el número 38 del escrito tutelar del accionante)

Que el señor EMIL YESID MENA RENTERIA, participó en la oferta convocada mediante Acuerdo N° 0277 del 02 de octubre de 2012, aspirando para las vacantes ofertadas en el área de Educación Física, Recreación y deporte, en el nivel de básica secundaria. Sin embargo, una vez surtidas las etapas del proceso de selección, publicados los resultados definitivos, en firme dichos resultado y expedida la Resolución N° 195 del 24 Abril de 2015, por medio de la cual se conformó la Lista de Elegible para proveer cuarenta (40) vacantes de Etnoeducadores docentes de Educación Física, Recreación y deporte; el accionante ocupó el puesto número cincuenta (50) en orden de mérito, de la lista en mención, quedando por fuera claramente de los vacantes a proveer en el área para la cual se postuló, las cuales eran cuarenta (40). (Ver folio marcado con el número 46 del escrito tutelar del accionante)

Quedando el accionante por fuera de las cuarenta (40) vacantes a ofertas área de Educación Física, Recreación y deporte, en el nivel de básica secundaria cuarenta, solo le quedaba la posibilidad de ser nombrado, una vez fueran ocupados los cargos ofertados mediante el concurso, siempre y cuando, estando vigente la Lista de elegible, la cual tendría una vigencia de dos años, se presentaran en la Entidad nuevas vacantes de cargos con la misma naturaleza que los cargos ofertados y en el área para la cual ofertó. No obstante los nombramientos serían efectuados en estricto orden de méritos, es decir, era necesario nombrar previamente los aspirantes números 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48 y 49 dentro de la lista de elegibles, para proceder con el nombramiento del señor EMIL YESID MENA RENTERIA. Lo anterior de acuerdo a lo establecido por el artículo 5° de la Resolución N° 195 del 24 Abril de 2015.

Que frente, al nombramiento en Provisionalidad Vacancia Temporal efectuado al señor MENA RENTERIA, mediante Decreto 370 abril 28 de 2017, se debe señalar que dicho nombramiento, fue producto de la necesidad del servicio docente en el Área de primaria que se presentó en la I.E. CUCHILLO BLANCO sede PRINCIPAL del Municipio de RIOSUCIO y era menester garantizar la continuidad del servicio educativo a los niños, niñas y jóvenes de dicha Institución. Dicho nombramiento no fue efectuado con ocasión al concurso de méritos convocados, primeramente porque para el cargo que se postuló el accionante fue para docente del área de Educación Física, Recreación y deporte, no para el Área de primaria, área en la que debía desempeñarse en virtud del nombramiento y en la cual no se ofertara vacante alguna en el concurso; y en segundo lugar porque, como ya se dijo este ocupó el puesto número 50 dentro de la lista de elegibles, quedando por fuera de las vacantes ofertada. Igualmente el nombramiento fue el resultado de Actuaciones Administrativas enmarcadas dentro de la ley, que tenían como finalidad, no generar vulneración del derecho a la educación a los estudiantes, el cual es clasificado como servicio público esencial.

De igual forma se llevó a cabo el nombramiento del señor **JORGE BREITER GÓMEZ SÁNCHEZ**, quien ocupó la posición número 83 dentro de la lista elegible, es decir se nombró en Provisionalidad vacancia temporal como Docente, para atender la

necesidad del servicio que requería la ejecución del Programa de Transformación de la Calidad Educativa “Todos Aprender” liderado, direccionado y orientado por el Ministerio de Educación, este nombramiento al igual que el del accionante, por su naturaleza, ya fueron terminados.

Que de acuerdo con lo dicho en precedencia, surge evidentemente la improcedencia de la acción de tutela deprecada, toda vez que el señor **EMIL YESID MENA RENTERIA**, aspira a que se produzca acto administrativo mediante el cual se le garantice el derecho al trabajo, es decir que se efectué un nombramiento en Propiedad, lo que no es procedente, en sus condiciones, dado que como ya se mencionó, el accionante no quedó dentro de los cuarenta (40) cupos ofertados para ocupar el cargo de docentes en el área de Educación Física, recreación y deporte, ni se presentó en la Entidad durante la vigencia de la lista de elegibles, el número suficiente de vacantes de cargo con la misma naturaleza de los ofertados, que permitiera efectuar el nombramiento del accionante.

Solicita al Despacho, tener en cuenta que el accionante no aporta al plenario la más mínima prueba de la existencia de un perjuicio irremediable, que en términos razonables lo haga merecedora del amparo constitucional solicitado, en consecuencia se disponga la improcedencia de esta acción tutelar

LA GOBERNACION DEL CHOCÓ.- ENRIQUE VALENCIA MOSQUERA, Jefe de la Oficina Jurídica y Apoderado General de la Gobernación del Chocó, se pronuncia manifestando que de acuerdo a los soportes se puede evidenciar que los actos administrativos que dan origen a la presente acción de tutela son actos propios de Administración Temporal para el Sector Educativo, por lo que la Gobernación del Chocó carece de competencia para dar respuesta a la petición a la solicitud presentada.

Que mediante el Decreto 2613 de 2009, artículo 2, se otorgan las facultades a la Administración Temporal del Servicio Educativo en el Departamento del Chocó, entre las cuales se encuentran las de administración de la planta de personal, ordenación del gasto, competencia contractual y elaboración de los correspondientes actos administrativos y manejo de nóminas. Por tanto sería la Administración Temporal la competente para absolver su solicitud.

En virtud de lo establecido en el art. 21 de la ley 1755 de 2015, se hace remisión de la petición a la Administración Temporal para el Sector Educativo del Chocó.

Solicita desvincular a la Gobernación del Departamento del Chocó las pretensiones de la acción de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.- Es competente la Colegiatura para decidir en primera instancia la presente acción de tutela, de conformidad con lo rituado por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el artículo 1° numeral 1° del Decreto 1382 de 2000.

Presentación del Problema Jurídico. - Teniendo en cuenta la situación fáctica planteada, corresponde a la Sala determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales invocados por el accionante, al no nombrarlo en propiedad por virtud del concurso de méritos de la convocatoria 0277 del 02 de octubre de 2012.

PREMISA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL.

Debe precisarse que la Acción de Tutela se consagró por el Constituyente de 1991, como mecanismo judicial ágil y sencillo dirigido a garantizar la protección inmediata y eficaz de los derechos constitucionales fundamentales de las personas que resulten afectadas por la acción u omisión de las autoridades públicas y en algunos eventos de los particulares; esta acción fue reglamentada a través del Decreto 2591 de 1991, exigiendo para su prosperidad de la concurrencia de dos elementos, a saber:

1.- La Violación de uno o varios Derechos Constitucionales Fundamentales.

2.- Inexistencia de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones adoptadas en el desarrollo de un concurso de méritos, ha dicho la Corte constitucional que los medios ordinarios no resultan eficaces para restaurar los derechos presuntamente vulnerados, por tanto, es necesaria la intervención del juez constitucional.

Al respecto en Sentencia T-180/15 señaló:

“En lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo. La acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales

EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO.- Sobre el debido proceso en Sentencia T-604/13 la Corte Constitucional anotó:

5.1 El artículo 29 de la Constitución dispone que *“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*. Con fundamento en la citada norma, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el vínculo existente entre este derecho y las

garantías que deben regir las actuaciones de la administración. Concretamente, esta corporación ha expresado en la sentencia T-329 de 2009¹ que:

*“El debido proceso administrativo es un derecho de rango fundamental que garantiza que cualquier actuación administrativa se someta a las normas y la jurisprudencia que regulan la aplicación de los principios constitucionales. Este derecho involucra todas las garantías propias, como son, entre otras, los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y **la garantía de publicidad** de los actos de la Administración. Por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se **surte para expedirla**, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación”*

En concordancia con esta línea de pensamiento, en la sentencia C-980 de 2010 este tribunal determinó que:

“El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos”.

En este orden de ideas, es necesario señalar que una de las consecuencias que tiene la consagración expresa del debido proceso como un derecho de rango fundamental, es que todas las personas pueden acudir a la acción de tutela con el fin de que el juez constitucional conozca de la presunta vulneración, y de ser necesario ordene las medidas necesarias para garantizar su protección inmediata.

4. La procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia².

De forma pacífica, la Corte ha señalado que conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.

¹ En el asunto de referencia esta corporación conoció de una tutela presentada por una persona que había ocupado el primer puesto en un concurso de méritos, cuyo fin era integrar la terna para la escogencia del gerente de una ESE. En dicho fallo el gobernador había escogido a una persona con un puntaje de calificación más bajo que el obtenido por el accionante.

² En especial ver sentencias: T-315 de 1998, SU-133 de 1998, SU-613 de 2002, SU-913 de 2009 y T-829 de 2012.

De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.

En este sentido, esta Corporación en sentencia T-315 de 1998, señaló:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que 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 o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

Sentencia T-112A/14

Normas de carrera administrativa aplicables al caso concreto

Esta corporación ha expresado en distintas oportunidades que la carrera administrativa cuyo origen constitucional se encuentra en el artículo 125 de la Carta política, es 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 público³. En este sentido, la carrera administrativa funge, entonces, como un principio y una garantía constitucional⁴.

En desarrollo de este principio se han adoptado diferentes regulaciones que para el caso concreto se traducen en primer lugar en la Ley 909 de 2004 *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 11, literal e) de dicha normatividad la CNSC debe conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan

³ Ver Corte Constitucional, Sentencia C – 049 de 2006, en la que señaló que la carrera administrativa es un “sistema técnico de administración de personal de los organismos y entidades del Estado cuyo fin es, además de la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizar la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la administración pública, y en general de las actividades estatales, ofreciendo igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación y ascenso del servicio público, con base exclusiva en el mérito y en las calidades de los aspirantes”.

⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009., considerando 6.1.1.3.

sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia.

La misma norma en el literal f) contempla también dentro de las funciones de administración de la Comisión Nacional del Servicio Civil la de *"f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior."*

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005 (abril 21), en su artículo 7° establecía, antes de su reforma por el Decreto 1894 de 2012, la forma en que debía hacerse la provisión definitiva de los empleos de carrera:

"7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general. (subrayado fuera de texto)

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil. (subrayado fuera de texto)

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad."

Ahora bien, el artículo 8 del mismo Decreto 1227 de 2005 indica que *"Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera."* A su vez el párrafo transitorio del citado artículo señala que La CNSC podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique con base en razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por estricta necesidad del servicio. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrá exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Sin embargo, la misma norma prevé que “el nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada”.⁵

Por su parte, el artículo 33 antes de ser modificado por el Decreto 1894 de 2012, establecía el deber de “utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel.”⁶(Subrayado fuera de texto).

ANÁLISIS FRENTE AL CASO EN CONCRETO. –

Sea lo primero indicar, frente al caso que se analiza, que de conformidad con las respuestas allegadas al expediente, se deduce claramente que la situación planteada por el accionante está en cabeza de la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, por tanto es ésta quien debe atender el requerimiento de la tutela.

Consecuente con lo anterior, se advierte la falta de legitimación por pasiva de las otras accionadas, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL y LA GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CHOCO, toda vez que como lo alegaron, no son las llamadas a atender la pretensión elevada por el actor y así se declarará.

Aterrizando en el asunto que hoy ocupa la atención de la Sala, el accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales, por cuanto superó las etapas del concurso de la convocatoria 0277 del 02 de Octubre de 2012, fue incluido en la lista de elegibles para proveer cuarenta (40) vacantes de etnoeducadores docentes de educación física, recreación y deporte de las instituciones educativas oficiales que atienden población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera en el departamento del chocó, sin embargo, no fue nombrado en propiedad por parte de la Secretaria de Educación Departamental sino en provisionalidad, retirándolo luego del cargo.

De la narración de los hechos, las pruebas arrimadas al expediente de tutela y de la contestación allegada por la Secretaria de Educación Departamental se vislumbra lo siguiente:

⁵ Artículo 8 del Decreto 1227 de 2005.

⁶ Artículo 33. Efectuado uno o varios nombramientos con las personas que figuren en la lista de elegibles, los puestos de la lista se suplirán con los nombres de quienes sigan en orden descendente.

Una vez provistos los empleos objeto del concurso, la entidad para la cual se realizó el concurso deberá utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel. De esta utilización la entidad tendrá permanentemente informada a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual organizará un banco de listas de elegibles para que, bajo estos mismos criterios, las demás entidades puedan utilizarlas.

La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará el procedimiento y los costos para que las listas de elegibles sean utilizadas por entidades diferentes a las que sufragaron los costos de los concursos.

Parágrafo. Quien sea nombrado y tome posesión del empleo para el cual concursó, para uno igual o similar a aquel, con base en una lista de elegibles, se entenderá retirado de esta, como también aquel que sin justa causa no acepte el nombramiento.

La posesión en un empleo de inferior jerarquía o en uno de carácter temporal, efectuado con base en una lista de elegibles no causa el retiro de esta, salvo que sea retirado del servicio por cualquiera de las causales consagradas en la ley, excepto por renuncia regularmente aceptada.

Mediante Resolución N° 1955 del 25 de abril de 2015, fue conformada la lista de elegibles para proveer 40 cargos vacantes de etnoeducador docente, en la cual efectivamente el señor EMIL YESID MENA RENTERIA aparece registrado ocupando la posición número 50.

Los nombramientos se realizaron de conformidad con el listado de elegibles, en orden descendente, y al ser 40 los cargos ofertados, evidentemente siendo el señor Mena Rentería el número 50 en la lista de elegibles, no alcanzaba a optar por uno de los cargos, pues le antecedían otros con mejor derecho, dada la posición que ocupaban en virtud del puntaje obtenido.

Afirma el accionante que para el mes de abril de 2017 fue nombrado provisionalmente por la Secretaria de Educación como docente del área de primaria en el municipio de Riosucio, ante lo cual manifiesta su inconformidad, pues considera que debió nombrársele en propiedad dado que había superado satisfactoriamente el concurso de méritos y estaba incluido en la lista de elegibles.

Arguye, que luego de firmar, se entera que no fue en periodo de prueba en virtud del concurso, como se lo indicó la Secretaria de Educación, sino en provisionalidad en un cargo de vacancia temporal, queriendo insinuar que fue asaltado en su buena fe, sin embargo, resulta obvio que el accionante fue consiente del tipo de nombramiento que estaba aceptando, pues conforme se evidencia en el decreto de nombramiento⁷ de fecha 28 de abril de 2017, se establece claramente que el mismo es en provisionalidad en vacancia temporal hasta el 30 de septiembre de 2017, por necesidad del servicio.

Así lo ratifica la Secretaria de Educación Departamental al rendir informe cuando manifiesta que el señor EMIL YESID fue nombrado en provisionalidad no por virtud del concurso de méritos, sino por la necesidad del servicio, en el área de básica primaria y no en educación física, perfil para el cual concursó, y que en similares condiciones también fue nombrado Jorge Breiter Gomez Sanchez, quien ocupó la posición número 83 en la lista de elegibles.

Surge evidente de lo anterior, que la Secretaria de Educación Departamental, no vulnera derecho alguno del accionante al nombrarlo en provisionalidad, dado que quedó establecido que tal nombramiento no fue en virtud del concurso sino por necesidad del servicio y en área diferente al perfil específico del actor, por tanto, no era dable nombrarle en propiedad, pues fue clara la entidad accionada en manifestarle mediante la contestación a las múltiples solicitudes de nombramiento en propiedad que hiciera el actor, que se han vinculado 45 docentes en periodo de prueba en el área de educación física, recreación y deportes, conforme a la lista de elegibles, y que en la medida que surjan nuevas necesidades de docentes en dichas áreas se continuará cubriendo con las personas que hacen parte de la lista de elegibles; así se denota que el nombramiento en propiedad que requiere el demandante no se dio debido a que los cargos ofertados fueron ocupados por los 45 docentes que le antecedían en la lista de elegibles.

⁷ Visible a fl 122

Ahora, si el actor en su momento consideró que acto de nombramiento en provisionalidad era ilegal o no se ajustaba a derecho, debió hacer uso de los mecanismos ordinarios para atacarlo, y no pretender que por este mecanismo subsidiario y residual se cuestione una actuación administrativa, cuando no le está dado al Juez de tutela inmiscuirse en asuntos de esa índole, salvo que se demuestre que el acto es arbitrario e ilegal y que ocasiona un perjuicio irremediable al afectado.

Así, no se puede afirmar que la separación del cargo que ocupaba el docente en provisionalidad constituya vulneración a sus derechos fundamentales, cuando se estableció en el decreto de nombramiento la fecha de terminación del mismo.

Finalmente debe manifestar la Sala que si el hoy accionante considera que hubo irregularidad en los nombramientos que se realizaron en virtud de la convocatoria 0277 del 02 de Octubre de 2012, deberá acudir a las acciones ordinarias judiciales para cuestionar los actos administrativos pertinentes, estando vedado al juez constitucional invadir la órbita de los jueces ordinarios.

De cara a lo anotado en precedencia, colige la Sala que no se avizora la vulneración de derecho fundamental alguno por parte de la entidad accionada, pues el actuar de esta no fue arbitrario o ilegal, por tanto, la acción de amparo se torna improcedente, motivo por el cual se impone negarla.

DECISION

Por lo anotado en precedencia, la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR por improcedente el amparo tutelar incoado por el señor EMIL YESID MENA RENTERIA, acorde a lo plasmado en la parte motiva.

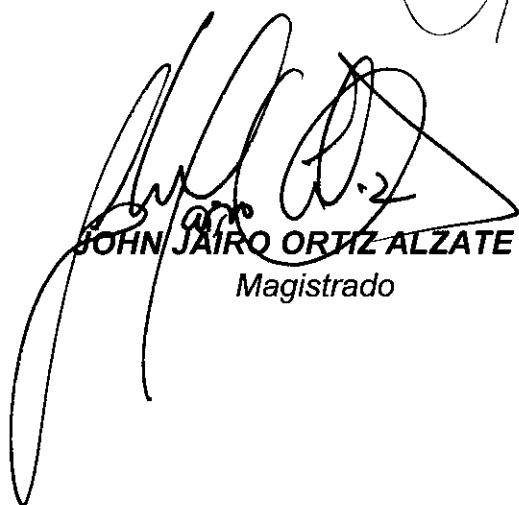
SEGUNDO.- DECLARAR falta de legitimación por pasiva frente al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL y LA GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CHOCO

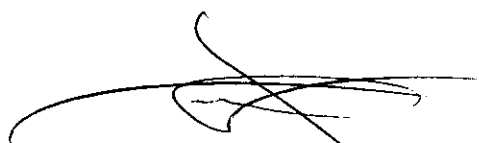
TERCERO.- Notifíquese esta determinación por el medio más expedito a los interesados.

CUARTO.- Esta sentencia es impugnabile dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. Si no fuere impugnada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ EDITH DÍAZ URRUTIA
Magistrada


JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado


JUAN CARLOS SOCHA MAZO
Magistrado