

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES
CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO
FLORENCIA - CAQUETÁ

Proceso	: Acción de tutela
Radicación	: 18-001-31-18-001-2022-00172-00
Accionante	: YANED LOPEZ TAPIERO
Accionado	: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTROS.
Sentencia	: 176

Florencia, Caquetá, nueve (9) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

1.- ASUNTO

Resolver la acción de tutela promovida por la señora **YANED LOPEZ TAPIERO**, en contra de la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA, GOBERNACIÓN DEL CAQUETÁ, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, y el señor **GONZALO ANTONIO GRANDA SÁNCHEZ**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental del trabajo y reintegro del mismo.

2.- ANTECEDENTES

Funda la accionante la solicitud de amparo en los siguientes hechos:

Señala la señora **YANED LOPEZ TAPIERO**, hace parte de los docentes que fueron declarados insubsistentes en virtud del concurso de méritos para proveer plazas docentes para Municipios clasificados como PDET en el Departamento de Caquetá y trabajó en la institución educativa rural Los Fundadores del Inspección Campo Hermoso del Municipio de San Vicente Del Caguán, del Ente Territorial del Caquetá desde el día 29 del mes de marzo del año 2016 según Resolución No. 000031 del 2016.

Aduce que, mediante Decreto No. 000355 del 06 de agosto del 2021 fue declarada insubsistente y reemplazada por el concursante **GONZALO ANTONIO GRANDA SANCHEZ** quién ocupó el primer puesto y en audiencia de escogencia de cargos solicitó el sitio donde ella venía laborando.

Refiere la accionante que, desde dicha fecha hasta hoy no ha sido vinculada al servicio estatal de educación en el Departamento de Caquetá a pesar de haber inscrito la solicitud en la Plataforma de Sistema Maestro del MEN, que se han venido presentando plazas en vacancia definitiva de la especialidad de la accionante, pero que extrañamente se han vinculado a docentes que se inscriben por primera vez y en su caso en particular no se le ha vinculado nuevamente.

Argumenta que, el Consejo de Estado al estudiar el expediente No. 11001-03-15-000-2021-04664-00 de fecha tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022) en cumplimiento del deber constitucional de legalidad de actos administrativos ha declarado que la aplicación del concurso durante la época de pandemia desconoció derechos de los vinculados en provisionalidad porque el Decreto de Convocatoria 491 del 2020 no respeto los artículos 2 y 14 sobre “el concurso de méritos y el Estado de Emergencia Social en lo que tenía que ver con mantener a todos los trabajadores del estado y contratistas hasta la finalización de dicho estado de pandemia” que fue el 30 de junio del año 2022, momento en el cual se podía tomar la decisión de reubicarse en otra plaza de acuerdo al parágrafo 2 del artículo 2.4.6.3.12 del Decreto 1075 de 2015 que manifiesta en el literal b) *“Si hay una vacante definitiva en otro cargo de un docente de aula y si el docente provisional cumple el perfil de dicho cargo, atendiendo los requisitos de formación exigidos en el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias vigente expedido por el Ministerio de Educación se trasladará al docente provisional sin solución de continuidad (.....)”* o en su defecto dar aplicación a los artículos 2 y 14 del Decreto 491 de 2020. Por ende, manifiesta la accionante que ninguno se ha cumplido a pesar de haberse originado vacantes definitivas en su perfil, incumpliendo por el Ente Territorial Caquetá con esta norma, por lo que aun continúa desempleada.

Añade que, en este momento se encuentra activo por parte de la CNSC el concurso de méritos de la convocatoria No. 2150 a 2237 de la Resolución No. 3842 del 18 del mes de marzo del año 2022 y los inscritos se encuentran pendientes de ser citados a la aplicación de la prueba escrita y su posterior revisión de antecedentes y requisitos de ley y expedir la lista de elegibles por parte de la Secretaria de Educación Departamental del Caquetá/Gobernación del Caquetá

Refiere la accionante que, la resolución de vinculación al servicio educativo en calidad de Nombramiento provisional se efectuó antes de estos actos administrativos de rango nacional y también antes de la firma del Acuerdo de Paz entre el grupo armado FARC-EP y el gobierno nacional que se efectuó el 24 de noviembre de 2016.

Informa la actora que, fue desvinculada del servicio educativo departamental mediante resolución Número 0420 del 23 de febrero de 2021, proferida por la Sed Caquetá, a raíz de la convocatoria del “concurso especial para zonas de conflicto” de los Municipios clasificados como Municipios con Enfoque Territorial. La SED Caquetá violó los artículos

2 y 14 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020¹ (Decreto Ley que hace parte de la declaratoria del Estado Social de Emergencia Económica y social) y de la Sentencia de la Corte Constitucional C-240/20 que declaró la exequible del Decreto Ley 491, hoy Declarado Nulo por el Consejo de Estado, por ello considera que en este momento se le concede el derecho a reclamar “el reintegro inmediato” al cargo de docente en provisionalidad que venía desempeñando en la Institución Educativa Rural Los Fundadores del Inspección Campo del Municipio de San Vicente del Caguán.

Señala que, su desvinculación como docente en provisionalidad de zona de conflicto PDET, como lo demuestra el Consejo de Estado al declarar nulo el Decreto 491 de 2020; se realizó en forma ilegal; tanto así que no hizo un estudio técnico sobre las Plazas Ofertadas para población de Municipios PDET que en muchos de los casos y especialmente el de la accionante, no se tuvieron en cuenta dicho criterios y se escogieron al azar.

2.1.- Petición

Con fundamento en los hechos anteriormente relacionados, la señora YANED LOPEZ TAPIERO, solicita lo siguiente:

1. Se le restablezcan los derechos fundamentales al trabajo y a su reintegro inmediato al cargo de docente de la Institución Educativa Rural los Fundadores del Municipio de San Vicente del Caguán en correspondencia con la Nulidad del Decreto 491 de 2020 declarada por el Consejo de Estado que sirvió de base para la expedición de la Resolución No. 0420 del 23 de febrero del año 2021 con la cual se le declaró insubsistente.
2. Se ordene a la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá/Gobernación del Caquetá, a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Ministerio de Educación Nacional para que en el término de las 48 horas de ser aceptada, estudiada y concedida a mi favor la presente Tutela se suspenda provisionalmente el Concurso de docentes que adelanta la CNSC hasta tanto se separen una de las 6.400 plazas en territorios PDET de las 34.000 que hoy están postuladas para ser ocupadas por docentes de concurso y se me reintegre en forma inmediata.
3. Se conmine a la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá/Gobernación de Caquetá para que en el término de 48 horas se reubique a la docente GONZALO ANTONIO GRANDA SANCHEZ que hoy ocupa el que era su puesto de trabajo o sea reubicada a territorio de población mayoritaria del

¹ Sentencia C-240/20. Exequible del Decreto 491 de 2020 Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 Artículo 2°. Objeto. “El presente Decreto, en el marco de los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, tiene por objeto que las autoridades cumplan con la finalidad de proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, (...)”

Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, (...)”

Departamento de Caquetá donde hoy se encuentran ofertadas plazas de concurso en la convocatoria No.2150 a 2237 de la Resolución expedida por la CNSC.

4. Se ordene a la CNSC que depure el nuevo listado de plazas a ofertar como resultado de la separación de una de las 6.400 plazas dentro del concurso convocado mediante Resolución No. 3842 que hoy se encuentra en proceso de análisis de inscritos para presentación de la prueba escrita.

3. - ACTUACIÓN PROCESAL

El 26 de agosto de 2022, correspondió por reparto a este despacho, la acción de tutela de la referencia², la cual se admitió mediante Auto de fecha 26 de agosto de 2022³, a través del cual se dispuso oficiar a las entidades accionadas, para que, dentro del término legal de un (1) día contado a partir del recibo de la notificación respectiva, se pronunciaran sobre los hechos planteados y las circunstancias de que da cuenta la solicitud de amparo, al tiempo que, se dispuso no decretar la medida provisional solicitada por la accionante, al mismo tiempo que se ordenó, a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA, MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, LA GOBERNACIÓN DEL CAQUETÁ y al señor GONZALO ANTONIO GRANDA SÁNCHEZ se sirvan pronunciarse respecto a la situación fáctica que dieron lugar a la interposición de acción de tutela, así mismo se le solicitó a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA notificara de la admisión de la presente Acción de Tutela al señor GONZALO ANTONIO GRANDA SÁNCHEZ docente de la Institución Educativa Rural los Fundadores sede Sincelejo zona rural del Municipio de San Vicente del Caguán Caquetá.

4.- RESPUESTA DE LAS PARTES A LOS REQUERIMIENTOS REALIZADOS POR ESTE DESPACHO

4.1. **OLGA PATRICIA VEGA CEDEÑO**, obrando en su condición de Jefe del Departamento Jurídico del **DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ** y **SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ**, mediante escrito allegado el 31 de agosto del 2022 vía correo electrónico⁴, manifestó que el Gobierno Nacional mediante Decreto Ley 882 de 2017, dispuso la realización de un concurso especial de méritos para la provisión de empleos docentes en zonas afectadas por el conflicto armado, que serían precisadas por el Ministerio de Educación Nacional de conformidad con los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), el cual se haría mediante un concurso de

² Ver archivo "02ActaReparto.pdf" expediente digital.

³ Ver archivo "04AutoAdmisiónTutela202200172.pdf" expediente digital.

⁴Ver archivo "06CorreoRespuestaSecEducacionDepartamental" y "07RespuestaSecEducacionDepartamental" expediente digital

méritos de carácter especial convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), como ente autónomo encargado de la administración y vigilancia de la carrera administrativa.

Adujo que, la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC mediante acuerdo No. CNSC 20181000002436 del 17 de julio de 2018 estableció las reglas del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de directivos docentes y docentes en establecimientos educativos que prestan sus servicios a población mayoritaria en zonas rurales afectadas por el conflicto armado, ubicadas en la entidad territorial certificada en educación Departamento del Caquetá – proceso de selección No. 606 de 2018.

Señala que, pese a ser mayoritaria la lista de elegibles en relación con el número de vacantes a proteger (1322 vs 2800), el Departamento del Caquetá en cumplimiento de la obligación jurídico constitucional contenida en el artículo 13 Constitucional de propiciar un trato preferencial como medida afirmativa en favor de las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad o con enfermedades catastróficas o de los funcionarios que tienen fuero sindical, a quienes si bien esa circunstancia no les otorga el derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral cuya estabilidad relativa cede frente al derecho de quien accede al cargo por mérito, expidió el Decreto 000751 de 26 de mayo de 2021, por medio del cual se dispuso el traslado y/o reubicación de los docentes o directivos docentes en provisionalidad que acreditaran alguna de las condiciones establecidas en el parágrafo 2 del Decreto 1083 de 2015 a aplicar con ocasión al concurso de méritos 606 de 2018 y se establecieron los criterios de desempate en caso de que las solicitudes de protección sean superiores al número de vacantes a proveer, para lo cual se creó un Comité Técnico.

Señaló la improcedencia de la acción de tutela puesto que existe otro medio de defensa judicial, ahora bien, la señora YANED LOPEZ TAPIERO, contaba con el medio de control como lo es, el de nulidad y restablecimiento del derecho como medio siendo este idóneo y eficaz, para resolver su situación de estabilidad laboral reforzada o protección laboral, en atención el acto administrativo por medio del cual se le terminó su nombramiento provisional, además de no dar cuenta de las razones por la cuales se abstuvo de interponer el medio de control, y no aportó las pruebas que demuestren el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que, pese a no haber hecho usos de los recursos ordinarios previstos para invocar la protección de sus derechos fundamentales, haya lugar a la procedencia de la acción de tutela.

Argumentó que, la accionante no demostró que se encuentre frente a un daño inminente o perjuicio irremediable de vulneración de sus garantías fundamentales que justifiquen la procedencia excepcional de la acción constitucional de tutela, ni explica por qué los medios de defensa ordinarios no son eficaces ni idóneos para la protección de sus derechos fundamentales. En consecuencia, no son suficientes los argumentos que depone la accionante para acreditar el perjuicio irremediable que reza el numeral 1 del artículo 06 de Decreto 2591 de 1911, razón por la cual, solicitó al Despacho que se declarara la improcedencia de la acción de tutela

Añadió que, de conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar un derecho constitucional fundamental; todos aquellos que pertenecen a la persona humana en razón a su dignidad, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por otra parte añadió que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, señaló que la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

Aunado a ello, la entidad está cumpliendo con el deber de adoptar las medidas necesarias que permitieran desarrollar acciones afirmativas en favor de los docentes que se encontraban en alguna de las situaciones del llamado reten social y garantizó el debido proceso administrativo, por lo que no es válido el señalamiento de que se están vulnerando los derechos fundamentales del docente tutelante y en este sentido ha de proferirse la decisión judicial.

Finalmente, solicita se abstenga de amparar las pretensiones de la señora YANED LOPEZ TAPIERO, toda vez, que el Departamento del Caquetá y la Secretaría de Educación Departamental, no han vulnerado derechos fundamentales ni garantías constitucionales de la accionante.

4.2 JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA, actuando en nombre y representación de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC**, mediante escrito allegado vía correo electrónico el 31 de agosto de 2022⁵, informó que, la accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama en el caso concreto; sino que no existe perjuicio irremediable en relación con controvertir la convocatoria objeto de controversia.

Refiere que, la presente acción es improcedente toda vez que carece de requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues la inconformidad del accionante radica en la expedición del acuerdo de convocatoria debido la expedición de las listas de elegibles dentro del marco de la convocatoria por Nulidad del Decreto 491 de 2020 declarada por el Consejo de Estado que sirvió de base para la expedición de la Resolución No. 0420 del 23 de febrero del año 2021, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el mentado acto administrativo, razón por la cual la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

Agregó que, no sólo la accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama; sino que no existe perjuicio irremediable en relación con controvertir la convocatoria objeto de controversia, ahora bien, manifiesta que al respecto la Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia T-451 de 2010,

⁵ Ver archivos “11CorreoRespuestaCNSC.pdf” y “12RespuestaCNSC “, del expediente digital.

M.P. Humberto Antonio Sierra⁶ puesto que, no toda circunstancia contraria al goce efectivo de derechos o prerrogativas del individuo configura un perjuicio irremediable, este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, circunstancias que no se perciben en la presente acción de tutela.

Acotó que, la accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que reclama y no puede alegar la vulneración de sus derechos pues como ya se advirtió, se limita a cuestionar el actuar de la CNSC pese a que esta última está actuando conforme a la Constitución y la Ley, por ende, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues, deviene que no existe la vulneración de los derechos fundamentales que alude la accionante.

Informó que, es evidente la improcedencia del amparo, toda vez que, la acción de tutela no es un mecanismo jurídico dirigido a cuestionar la legalidad de los actos administrativos como lo es el resultado en los Procesos de Selección, las Listas de Elegibles o el Acuerdo del Proceso de Selección que es el acto administrativo que contiene las reglas que rigen el concurso de méritos, razón por la cual, dicha pretensión deberá dilucidarse a través de un juicio procesal administrativo cuyo juez natural es el Juez Contencioso Administrativo, el cual podrá solicitar las medidas cautelares dispuestas en el CPACA, y no el juez de tutela.

De acuerdo a lo anterior, la presente acción carece de requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues, la simple inconformidad de la accionante frente a la eventual publicación de las listas de elegibles es un asunto que no concierne al juicio de constitucionalidad propio de la acción de tutela, por lo que dicho acto administrativo que gozará de presunción de legalidad, debe ser aplicado hasta tanto su legalidad no sea desvirtuada por un Juez Contencioso Administrativo.

Arguye que, en el mismo sentido, las Sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, indicaron: “(...) *que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia.*” De lo anterior se reitera, que la presente acción carece de requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues, la Corte Constitucional² ha sido enfática en señalar que: “(...) *la*

⁶ Corte Constitucional en Sentencia T-451 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra : “(...) la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión.

jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que en el ámbito del derecho administrativo, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que, para controvertir la legalidad de ellos están previstas acciones idóneas en la jurisdicción contenciosa administrativa, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto.”

Por otra parte, la acción de tutela creada para la protección de los derechos fundamentales en general exige como presupuesto de procedibilidad el agotamiento de los medios ordinarios de defensa judicial cuando estos existan; A su vez, no se advierte perjuicio irremediable que conduzca a tener por procedente la acción de tutela de naturaleza subsidiaria pues de la revisión de los argumentos que esgrime la accionante, los mismos se destinan a cuestionar la actuación de la CNSC frente a la ejecución del Proceso de Selección, pero en ninguna forma sustenta, demuestra o prueba el acaecimiento de un perjuicio irremediable, solo se alega una afectación a los derechos fundamentales que alude en la acción de tutela.

Señaló que, frente al caso concreto conviene manifestar que, las entidades territoriales certificadas en educación reportan las vacantes definitivas en el “Sistema Maestro”, aclarando que, esta es una plataforma administrada por la Secretaría de Educación Departamental de Caquetá que permite la provisión de vacantes definitivas, previo reporte de dichas entidades, mediante el nombramiento provisional de docentes que cumplan con los requisitos establecidos.

Indicó que, la norma jurídica faculta a los entes territoriales para la adopción de medidas administrativas necesarias con el fin de garantizar la prestación del servicio, de tal suerte que el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, contempla la administración de la educación como: “(...) Organizar, ejecutar, vigilar y evaluar el servicio educativo; nombrar, remover, trasladar, sancionar, estimular, dar licencias y permisos a los docentes y directivos docentes y personal administrativo; orientar, asesorar y en general dirigir la educación del municipio.”

Agregó que, la Comisión Nacional no tiene injerencia alguna en el desarrollo de los procesos que adelante el Ministerio de Educación Nacional y la Secretaría de Educación Departamental de Caquetá a través del “Sistema Maestro”, así como tampoco, en el nombramiento provisional que derive de ello, pues como lo señala la normatividad previamente citada, este procedimiento es del resorte exclusivo de la entidad territorial certificada en educación, por tanto, la CNSC como instancia consultiva en materia de carrera, no participa en la coadministración de las relaciones laborales y situaciones administrativas particulares que se presenten al interior de las entidades, como lo relacionado con la vinculación o desvinculación de docentes nombrados en provisionalidad. Aclarando que, es el nominador es el encargado de tomar las decisiones que surjan dentro del desarrollo y gestión del empleo público de cada entidad.

Refirió que, de la realización del concurso especial de méritos para la provisión de educadores en zonas afectadas por el conflicto. el artículo 125 de la constitución política establece que los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera, salvo las excepciones allí previstas y que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para

determinar los méritos y las calidades de los aspirantes. así mismo, el artículo 130 de la carta dispone: *"habrá una comisión nacional del servicio civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial"*

Manifestó que, El Gobierno Nacional, expidió el Decreto Ley 882 de 2017, por medio del cual dispuso la realización de un concurso especial de méritos para la provisión de educadores en zonas afectadas por el conflicto. Para tal efecto, expidió el Decreto Reglamentario 1578 de 2017, mediante el cual estableció la estructura del concurso especial de méritos para la provisión de cargos de Directivos Docentes y Docentes del servicio educativo estatal en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria en zonas rurales afectadas por el conflicto, priorizadas y reglamentadas por el Ministerio de Educación Nacional, ahora bien, La entidad territorial certificada en educación Departamento de Caquetá, objeto del presente proceso de selección, en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 715 de 2001, reportó y certificó las vacantes definitivas de Directivos Docentes y Docentes de los establecimientos educativos oficiales, de conformidad con la solicitud, el formato y el procedimiento establecido por la CNSC.

Por lo anterior, La Sala Plena de la CNSC, en sesión del 17 de julio de 2018, aprobó convocar a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de Directivos Docentes y Docentes, en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria en zonas rurales afectadas por el conflicto, priorizadas y reglamentadas por el Ministerio de Educación Nacional, ubicados en la entidad territorial certificada en educación Departamento de Caquetá, siguiendo los parámetros definidos en el presente Acuerdo y con fundamento en el reporte y certificación de vacantes realizado por esa Entidad. En el mismo sentido, conviene precisar que el Decreto 882 de 2017, en sus artículos 3.1., y 3.2⁷, Ahora bien, la accionante incurre en error puesto que habida cuenta que, una de las 37480 vacantes que se encuentran ofertadas en el actual proceso de selección 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2604 de 2022 Directivos Docentes y Docentes, sea tenida en cuenta como una vacante del Proceso de selección de PDET, y le sea asignada a ella, sin contar con los méritos alguno para ello.

Refiere que, se tratan de dos procesos de selección diferentes, habida cuenta que el proceso de Proceso de selección CNSC No. 601 a 623 de 2018 - Directivos docentes y docentes en zonas afectadas por el conflicto armado, a la fecha se encuentra finalizado, todas las listas

⁷ Decreto 882 de 2017, en sus artículos 3.1., y 3.2: "(...) Que los puntos del Acuerdo Final señalados en precedencia - como se demostrará más ampliamente en los apartados referentes a la conexidad estricta y la conexidad suficiente-, son la base de las disposiciones que dicta el presente Decreto Ley, por cuanto este tiene por objeto adelantar por una única vez un concurso especial de méritos para la provisión de vacancias definitivas pertenecientes a la planta de cargos docentes precisadas mediante reglamentación que expida el Ministerio de Educación Nacional de conformidad con los Planes de Desarrollo Territorial (PDET).

(...) Como se indicó en precedencia, este decreto tiene por objeto adelantar por una única vez un concurso especial de méritos para la provisión de vacancias definitivas pertenecientes a la planta de cargos docentes para las zonas afectadas por el conflicto armado, precisadas mediante reglamentación que expida el Ministerio de Educación Nacional de conformidad con los Planes de Desarrollo Territorial (PDET)"

de elegibles se encuentran en firme y al momento en algunos entes territoriales de educación se está realizando usos de listas, y por su parte, el proceso de selección 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2604 de 2022, se encuentra en curso, y el día 25 de septiembre de 2022, se llevará a cabo la presentación de la prueba escrita, en la cual se espera la asistencia de 401.241 aspirantes, los cuales se encuentran debidamente inscritos en el aplicativo SIMO, y los cuales previamente adquirieron su derecho a participación.

Así las cosas, la Comisión Nacional manifiesta que no tiene participación en el “Sistema Maestro”, así como tampoco, es la competente para adelantar el proceso de nombramientos provisionales en las vacantes que se generen al interior de las entidades territoriales, que para el presente caso, es del resorte exclusivo de la Secretaría de Educación Departamento de Caquetá, se evidencia una falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, no existe una conexión fáctica – jurídica entre el objeto de amparo de tutela con la accionada CNSC.

Ahora bien, en lo relaciona con la sentencia del 3 de junio de 2022, del Consejo de Estado, arguyeron que primera medida, conviene señalar que mediante el Decreto Legislativo 491 de 2020, el Gobierno Nacional en uso de facultades extraordinarias, dispuso el aplazamiento de los Procesos de Selección hasta tanto se superará la Emergencia Sanitaria producida por el virus del Covid 19. Posteriormente, a través del Decreto 1754 de 2020, se dispuso la reactivación de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas de los Procesos de Selección que habían sido suspendidos.

En virtud del control automático de legalidad que le compete al Consejo de Estado respecto de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional como desarrollo de un decreto legislativo durante los estados de excepción, la Sala Diecisiete de Decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación, mediante Sentencia del 03 de junio de 2022, dentro del radicado No. 2021-04664, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020 “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria”, dictado por el presidente de la República con la firma del ministro de Justicia y del Derecho y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, por las razones señaladas en la parte motiva de esta sentencia. (...)”

No obstante, al momento de establecer los efectos de su decisión, el Consejo de Estado señaló: *“(...) durante su vigencia, el acto que se declara ilegal surtió efectos y, por ende, las situaciones jurídicas que se consolidaron bajo su amparo no pueden verse afectadas con la presente decisión. Así las cosas, es necesario señalar, con respecto a la reactivación de los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, así como los periodos de prueba en vigencia de la emergencia sanitaria, que estos no pueden verse afectados, en cuanto, las entidades o instancias responsables de adelantar los procesos de selección amparadas en la confianza legítima, tuvieron la convicción de que dichos trámites podían reanudarse desde el momento en que*

el Decreto 1754 de 2020 así lo dispuso. En ese orden, los efectos de la declaratoria de nulidad del acto enjuiciado operan hacia el futuro o ex nunc”

Así las cosas, y atendiendo a los efectos que el Consejo de Estado señaló en su decisión, las actuaciones adelantadas en el marco de los concursos de mérito, durante la vigencia del decreto ahora nulo, conservan validez, es decir, que los efectos de la decisión solo rigen a futuro.

Finalmente, se indica que, la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene competencia para pronunciarse de fondo sobre el asunto, ni mucho menos tiene que ver con la presunta violación de derechos fundamentales que se le endilga a la Secretaría de Educación Departamento de Caquetá, razón por la cual solicita su desvinculación de la presente acción de tutela.

4.3 LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA, jefe de la oficina jurídica del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, mediante Escrito allegado vía correo electrónico el 5 de septiembre del 2022⁸, manifestó que el concurso que menciona la accionante se hizo bajo los lineamientos del principio constitucional de meritocracia, la realización de la función administrativa a favor de los interés generales de la sociedad y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en este caso el de servir a la comunidad y garantizar un servicio educativo de calidad, a fin de promover la prosperidad de las zonas convocadas, así como la participación activa al acceso a los cargos públicos, como educadores oficiales, a través de la consagración de un proceso de selección transparente y objetivo.

Refirió que, en atención de las competencias de ley, estuvo a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil quien, conforme a su naturaleza y las atribuciones, agotó las etapas y procesos contenidos en las Convocatorias 601 a 623 de 2018, de manera pública y abierta a la ciudadanía, y como evidencia se tiene la participación de más de 120 mil aspirantes, para las vacantes ofertadas.

El concurso de méritos para el ingreso a la carrera docente es la forma dispuesta por el constituyente para ingresar al servicio público: ... (...) *"Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público."* (...) ... (Art. 125 Constitución Política).

Añadió que, el concurso de acuerdo con el Decreto Ley 1278 de 2002 está definido en los siguientes términos: ... (...) *"es el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de aptitudes, experiencia, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera docente, se determina su inclusión en el listado de elegibles y se fija su ubicación en el mismo, con el fin de garantizar disponibilidad permanente para la provisión de vacantes que se presenten en cualquier nivel, cargo o área de conocimiento dentro del sector educativo estatal."*(...), es decir, que los docentes que aspiren a ingresar a la carrera docente, se registrarán por las normas propias del Estatuto Profesional Docente el Decreto Ley 1278 de 2002, por ende, para

⁸ Ver archivos “16CorreoResuestaMinEducacion.pdf” y “17RespuestaMinEducacion.pdf” del expediente digital.

ingresar al servicio educativo estatal se debe superar satisfactoriamente un proceso de selección, por tanto, en la actualidad para vincularse al servicio educativo oficial es perentorio superar el concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Refirió que, el concurso especial docente para zonas afectadas por el conflicto armado se fundamenta en los Decretos Ley 882 y 893 de 2017, los cuales fueron expedidos por el Presidente de la República en el marco de las facultades extraordinarias para la paz, conferidas por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016 *«Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera»*, que lo facultó para que dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del referido acto legislativo, expidiera los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendría por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Con fundamento en los preceptos constitucionales que asocian el mérito y la carrera administrativa al desarrollo de procesos de selección, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1578 del 28 de septiembre de 2017 “por el cual se reglamenta el Decreto Ley 882 de 2017 y se adiciona el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, en relación con el concurso de méritos para el ingreso al sistema especial de carrera docente en zonas afectadas por el conflicto, priorizadas y reglamentadas por el Ministerio de Educación Nacional”

Argumentó que, no existe vulneración de derechos fundamentales por parte del Ministerio de Educación en razón a que este ha venido dando cumplimiento y aplicación en la realización de las orientaciones y asistencias correspondientes sobre la administración del personal docente y lo concerniente a lo contenido en la norma sobre la concesión de permisos sindicales, pues esta carece de un objeto existente de violación de sus derechos, pese a la informalidad de la acción de tutela, uno de sus requisitos esenciales es la existencia de una violación o amenaza directa de derechos fundamentales por la acción u omisión de las autoridades, es decir, que debe concretarse la existencia de la violación de un derecho determinado a una persona, la identificación de la persona cuyo derecho ha sido vulnerado o amenazado y la relación de causalidad entre la acción u omisión de la autoridad y tal vulneración

Aunando lo anterior, manifiesta que en el presente caso no se encuentra superado el requisito de inmediatez de la acción constitucional el cual hace referencia al tiempo que ha pasado desde la supuesta vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental, y el momento en que se interpone la tutela. Lo anterior, teniendo en cuenta que la accionante pretenden requerir la protección de los derechos a la igualdad, acceso al trabajo, estabilidad laboral, pasados 15 años de la ejecución de los hechos, es decir de la realización del concurso docente, en concordancia a lo expuesto, y a manera de ejemplo argumentativo para la defensa por parte del Ministerio de Educación Nacional, en la jurisprudencia actual, tenemos que en sentencia de tutela T332/15, la Corte Constitucional ha sostenido que debe estudiarse como requisito de procedibilidad de la acción de amparo.

Por lo tanto, la inactividad o la demora del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que resulte procedente la acción de

tutela. Del mismo modo, si se trata de la interposición tardía de la tutela, igualmente es aplicable el principio de inmediatez, según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para el beneficio propio del sujeto de la omisión o la tardanza.

Refiere que la presente acción es improcedente, por cuanto el sujeto activo contaba con medios idóneos no subsidiarios, en tanto la presente acción vulnera el principio de procedibilidad de la inmediatez; no se viola derecho fundamental alguno y no se configura un perjuicio irremediable.

Indicó que, dada las pretensiones expuestas por la accionante y en las cuales no acredita la existencia de una configuración de violación de derechos fundamentales en cabeza del Ministerio, la tutela no es el medio idóneo para el reconocimiento de obligaciones o de supuestos derechos en un proceso de selección y menos cuando la accionante basa sus pretensiones en meras expectativas y no sobre derechos ciertos, en tal virtud, acudir a la tutela con el fin de obtener un beneficio propio sin las características ni fundamentos en derecho hace perder la noción y esencia de la acción de tutela.

Finalmente, solicita se niegue de la acción de amparo incoada en contra Ministerio Educación Nacional, quien demuestra que en efecto no ha vulnerado derecho alguno a la accionante. Así mismo, es importante para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales que existan y por ende no se encuentren en el campo de las meras especulaciones o hipótesis.

4.4.- LOS TERCEROS INTERESADOS.

A través del Auto admisorio de la acción del 26 de agosto de 2022, se dispuso la vinculación, como terceros interesados, por lo que se ordenó a la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA notificara de la admisión de la presente Acción de Tutela al señor GONZALO ANTONIO GRANDA SÁNCHEZ docente de la Institución Educativa Rural los Fundadores sede Sincelejo zona rural del Municipio de San Vicente del Caguán Caquetá, razón por la que el pasado 30 de agosto de 2022 el señor Granda Sánchez fue debidamente notificado de la presente Acción Constitucional, sin que hasta la fecha se haya pronunciado sobre los hechos y pretensiones presentados por la accionante⁹.

4.- CONSIDERACIONES:

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual para la protección de los derechos fundamentales de toda persona, cuando se advierte su vulneración por parte de alguna autoridad pública, o de los particulares en los casos expresamente autorizados por la Ley.

⁹ Ver Archivo “15SecEducacionDepartamentalNotificacionTercero.pdf.”

Es competente este Juzgado para conocer de la presente acción de tutela, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991.

Corresponde a este Despacho determinar si se configura una violación del derecho fundamental al trabajo, de la señora YANETH LÓPEZ TAPIERO, con ocasión a la terminación de su nombramiento de docente en provisionalidad mediante Decreto No. 001638 del 6 de agosto del 2021 para nombrar en periodo de prueba al docente GONZALO ANTONIO GRANDA SANCHEZ., sin que presuntamente la misma cumpliera en su momento con lo señalado en los artículos 2 y 14 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

En primer lugar, se observa que la acción de tutela es promovida por la señora YANETH LÓPEZ TAPIERO, por lo cual no existe ninguna duda frente a la *legitimación por activa*, pues se encuentra satisfecho el principio básico de autonomía que rige su interposición.

De otro lado, la acción de tutela que se revisa, se dirige contra la MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-, la GOBERNACIÓN DEL CAQUETÁ y la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, por lo cual existe *legitimación en la causa por pasiva*, en los términos de los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, al tratarse de entidades públicas.

En relación con el requisito de *inmediatez*, se advierte que, según lo manifestado en el escrito tutelar, la accionante su solicitud surge con ocasión a la decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el expediente del radicado No. 11001-03-15-000-2021-04664-00 de fecha tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022)¹⁰, el cual declaró nulo el Decreto 491 de 2020 que sirvió de base para dar por terminada su vinculación como docente en provisionalidad, dando cumplimiento a la convocatoria No. 606 de 2018, en zonas de posconflicto, argumentando que dicha decisión fue proferida hace tan solo hace 3 meses, término que se considera razonable y con el que se encuentra cumplido dicho requisito.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “*solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”. En aplicación de esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para remediar un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente las acciones judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Según la jurisprudencia,

¹⁰ Ver Archivo “03EscritoTutela.pfd.” folios del 22 al 117 del expediente digital.

una acción judicial es *idónea* cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es *efectiva* cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados.

Es bien sabido que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual para la protección de los derechos fundamentales, cuando se advierte su vulneración por parte de alguna autoridad pública, o de los particulares en los casos expresamente autorizados por la Ley.

De suerte que su procedencia está sometida a la inexistencia de otros mecanismos ordinarios de defensa, salvo en los casos en que estos no sean la vía adecuada para la protección del derecho fundamental afectado.

En sentencia SU-424 del 6 de junio de 2012¹¹, precisando los **requisitos de tipo formal para la procedencia de la acción constitucional**, la Corte Constitucional reiteró lo siguiente:

“(i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional a la luz de la protección de los derechos fundamentales de las partes. Exigencia que busca evitar que la acción de tutela se torne en un instrumento apto para involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (ii) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial existentes para dirimir la controversia, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. (iii) Que la acción de tutela sea interpuesta en un término razonable a partir del momento en que se produjo la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cumpliendo con denominado requisito de la inmediatez. Lo anterior, con el objeto de preservar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica. (iv) Que si se trata de una irregularidad procesal, ésta tenga un efecto determinante en la sentencia que se impugna y que conculque los derechos fundamentales del actor. (v) Que la parte actora haya advertido tal vulneración de sus derechos fundamentales en el trámite del proceso ordinario, siempre que esto hubiere sido posible. (vi) Que no se trate de sentencias proferidas en el trámite de una acción de tutela. De forma tal, que se evite que las controversias relativas a la protección de los derechos fundamentales se prolonguen de forma indefinida.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Respecto de la **procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos**, en sentencia T-094 de 2013¹², señaló:

“En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de

¹¹ M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

¹² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión. Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.”

En punto de la invalidación de actos administrativos, bajo el Título III denominado Medios de Control, el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevé:

Nulidad. *Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...)

A su turno, el artículo 138 ibídem, señala:

Nulidad y restablecimiento del derecho. *Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.*

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

Ahora, con el propósito de **suspender los efectos del acto administrativo**, la misma normativa establece:

Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. *En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad*

de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

(...) *Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:*

(...)

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

(...)

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

(...) **Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia.** Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete.

Y sobre estos puntos, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en decisión proferida el 5 de marzo de 2014¹³, expuso lo siguiente:

Se observa de la transcripción que el actor en la primera petición hace uso de la acción de tutela como mecanismo de protección inmediato y definitivo, y en subsidio pretende que se resuelva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se interpone y decide la correspondiente acción contenciosa administrativa.

El planteamiento del actor en esas condiciones, lleva a la Sala a la necesidad de examinar dos aspectos: 1) eficacia del otro medio de defensa judicial y 2)

¹³ Radicación: 25000-23-42-000-2013-06871-01 Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN ASUNTOS CONSTITUCIONALES

procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...)

Eficacia del otro medio de defensa

El otro medio de defensa judicial al que alude el actor cuando señala en el escrito que contiene la acción de tutela que “... **mientras se interpone y decide la consecuente demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa ...**”, es, o bien, el contencioso de nulidad, en los términos del inciso cuarto numeral 1º del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, o el de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 ibidem.

En ambos casos el actor está habilitado para acudir en demanda ante esta jurisdicción y hacer valer los derechos que sostiene quebrantados.

(...) *En este orden se declaró categóricamente que su finalidad era garantizar la “tutela judicial efectiva” de los derechos fundamentales, razón por la que, incluso, podrían decretarse de oficio: **Las medidas cautelares contempladas en el proyecto, se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva. Por ello, se propone en el artículo 224 que incluso puedan ser decretadas de oficio para la protección de derechos fundamentales o colectivos.***

Cabe precisar que el proyecto deja intactas las medidas cautelares concebidas por la Ley 472 de 1998, en las acciones encaminadas a la protección de derechos e intereses colectivos, que permiten al juez adoptar todas las que considere necesarias para su protección, con independencia de que sean pedidas en la demanda, u otras diferentes.

(...) *Las **medidas cautelares** contempladas en el proyecto se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva. Por ello, se propone en el artículo 224 que incluso puedan ser decretadas de oficio para la protección de derechos fundamentales o colectivos.*

(...) *En consecuencia, **se presentó un pliego de modificaciones que se refirió a las medidas cautelares –dentro de las que se encuentra la suspensión provisional-** que entre, otras cosas, precisó:*

(...) *Se destaca especialmente el requisito 4, literal a), del art. 231, que introdujo el concepto de “perjuicio irremediable”, también contemplado para la acción de tutela como mecanismo transitorio. Tratándose de las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos se debe poner de relieve que el legislador dotó a la justicia administrativa de mecanismos de protección convencionales, mejor adecuados para garantizar los derechos de todo orden.*

(...)

En estos términos, se concluye que: i) lo que ahora se discute a través de la acción de tutela se podrá discutir promoviendo el proceso de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que: ii) que la suspensión provisional del nuevo código tiene la misma prontitud y eficacia protectora que la acción de tutela, por varias razones: a) porque se decide al iniciar el proceso, b) procede para evitar un “perjuicio irremediable”; y iii) porque la contradicción que se exige para suspender el acto administrativo ya no tiene el rigor y la exigencia del pasado: que sea ostensible; de hecho se puede hacer un estudio complejo para concluirlo.

(...) El resultado es que la intervención positiva sobre las medidas cautelares debe desplazar a la acción de tutela cada vez más –pero en un sentido de lo correcto, a la luz del art. 86-, pues al interior de las acciones ordinarias se puede resolver la problemática de la protección efectiva y pronta de los derechos fundamentales.

(...) En conclusión, el actor dispone de otro medio de defensa judicial y llegado el caso, previo cumplimiento de las exigencias legales, cuenta con medidas cautelares, a través de las cuales puede hacer valer sus derechos.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

2.5.1. La Corte ha sido enfática al reiterar que la acción de tutela opera como un mecanismo de protección constitucional subsidiario, cuando el instrumento principal no es idóneo o eficaz para la protección de un derecho fundamental, o cuando es empleada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sobre este requisito de procedibilidad la Sala Segunda de Revisión en la sentencia T-958 de 2012, indicó lo siguiente:

La jurisprudencia constitucional ha señalado que si el afectado tuviera a su disposición otros mecanismos judiciales que resultaren eficaces para la protección que reclama, es su deber acudir a ellos antes de pretender el amparo por vía de tutela. Así las cosas, la subsidiaridad implica que el accionante agote previamente los medios de defensa legalmente disponibles para proteger los derechos, pues la tutela no puede desplazar los mecanismos ordinarios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico, ni tampoco servir de herramienta procesal extraordinaria y adicional de los diferentes procesos judiciales, cuando al interior de éstos, las oportunidades para interponer los recursos ya prescribieron.”

2.5.2. Adicionalmente, por mandato de la Constitución –artículo 86 CP– y de la ley –artículo 6 del Decreto 2591 de 1991–, existe el deber por parte del afectado de emplear las acciones judiciales en forma oportuna y diligente, toda vez que la acción de tutela no puede ser considerada como una tercera instancia o un medio adicional al proceso judicial ordinario, que permita

controvertir los actos administrativos resueltos en contra de los intereses del accionante.¹⁴

Ahora bien, la accionante invoca como presuntamente vulnerados sus derechos fundamentales al Trabajo, en Sentencia C-593 de 2014, se señaló:

La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada. Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que “Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad”. Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta. El artículo 25 de la Constitución Política dispone que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” También varias de sus disposiciones de la Constitución reflejan una protección reforzada al trabajo. Así el artículo 26 regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud; los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga; el artículo 60 otorga el

¹⁴ T-580 de 2015.

derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria; el artículo 64 regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores del sector de la televisión pública; los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en los “estados de excepción”, los derechos de los trabajadores, pues establece que “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores.

En relación con el derecho a la Estabilidad Laboral de una persona con nombramiento en provisionalidad, la Corte Constitucional, en Sentencia SU-556 de 2014, indicó:

3.5. Estabilidad laboral relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera

3.5.1. El artículo 125 de la Constitución Política regula el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, estableciendo las modalidades de vinculación con el Estado. Por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado se proveen por medio del sistema de carrera, al cual se accede por medio de concurso público de méritos. De acuerdo con ese mismo artículo, es competencia del legislador determinar el régimen jurídico correspondiente, el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como también las causales de retiro del servicio oficial. Igualmente, la Carta Política establece que, en los casos en que la Constitución o la ley expresamente lo determinen, habrá cargos excluidos del régimen de carrera, entre los cuales se encuentran los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, y los demás que determine la ley.

3.5.2. Con base en lo anterior, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, definió 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. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación

alguna.” Por otra parte, la misma ley determina que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

3.5.3. Entre esos dos tipos de cargos se encuentran los dos extremos de estabilidad en el empleo en la función pública. La regla general es la estabilidad reforzada del cargo de carrera, la cual implica que el retiro sólo se podrá hacer “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”. Ello, con miras a garantizar que en ninguno de estos empleos, razones ajenas al servicio puedan determinar el nombramiento, ascenso o remoción de los ciudadanos en puestos públicos.

Por el contrario, los cargos de libre nombramiento y remoción implican una discrecionalidad del nominador, ya que éste decide, con base en consideraciones intuitu personae, a quién le confía el desarrollo de ciertas labores públicas y hasta cuándo. El retiro de dichos cargos es igualmente discrecional, en tanto depende de la confianza que el funcionario inspira en su nominador, aspecto que no es posible medir de manera objetiva, sino que depende de un aspecto subjetivo a evaluar en cada caso concreto.

3.5.4. Excepcionalmente, los cargos de carrera podrán ser ocupados en provisionalidad. Dicha figura busca responder a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia. Sin embargo, dicha situación temporal no cambia la calidad o naturaleza del cargo que se ocupa, pues la circunstancia de hecho no tiene la disposición para cambiar una determinación legal.

3.5.5. Por tanto, se entiende que al nombrarse a alguien en provisionalidad en un cargo de carrera, se hace con base en consideraciones técnicas y de mérito que determinan la calidad de la persona para cumplir con determinada función pública.

3.5.6. Así las cosas, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en

provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe “atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo.” En concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas.

3.5.7. Ahora bien, dada la anterior exigencia, se considera que la inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ejercido un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva la nulidad del mismo, tomando como fundamento los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo. El desconocimiento del deber de motivar el acto es una violación del debido proceso del servidor público afectado por tal decisión, en tanto la naturaleza del cargo le reconoce una estabilidad relativa que en los eventos de desvinculación se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó tal determinación.

3.5.8. Es importante aclarar que dicha interpretación, respecto a la estabilidad relativa de los funcionarios nombrados en cargos de carrera en provisionalidad, fue acogida por el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, a cuyo tenor, “[e]s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”

Dicha regulación ha llevado al Consejo de Estado a reconocer el deber de motivar el acto de retiro de los funcionarios en cargos de carrera ocupados en provisionalidad, en los siguientes términos:

“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998”.

3.5.9. Así las cosas, se debe entender que, con base en la Constitución Política, como manifestación de algunos de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, en especial los que propugnan por la igualdad, la prosperidad y la protección al sistema de carrera como regla general para ingresar al servicio público, los actos de retiro de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad deben ser motivados. Así quedó expresamente consagrado en la Ley 909 de 2004; y, por tanto, es claro que, antes y después de la existencia de normatividad expresa, el desconocimiento de dicho deber de motivar este tipo de actos administrativos constituye un vicio de nulidad.

3.5.10. En síntesis, a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corporación, al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso.

4.1. CASO CONCRETO

Acusa la accionante que se vulneran su derecho fundamental al trabajo, a partir de las actuaciones realizadas por parte de las accionadas al haberse con ocasión a la terminación de su nombramiento de docente en provisionalidad mediante Decreto No. 001638 del 06 de agosto del 2021, con ocasión a la convocatoria 606 de 2018.

De los argumentos expuestos por las partes y de los documentos arrimados se desprende lo siguiente:

- Que mediante Decreto No. 000355 del 29 de marzo de 2016, el Gobernador del Caquetá, nombró en provisionalidad a la señora YANED LOPEZ TAPIERO, en el cargo de docente de la planta global de la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, en el área de básica primaria en la I.E.R. Los Fundadores sede Sincelejo del municipio de San Vicente del Caguán; acto administrativo que le fue notificado el 5 de mayo de 2016.¹⁵
- Que mediante Decreto No. 001638 del 6 de agosto de 2021, el Gobernador del Caquetá, dio por terminado el nombramiento provisional de la señora YANED LOPEZ TAPIERO, en el cargo de docente de la planta global de la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, en el área de básica primaria en la I.E.R. Los Fundadores sede Sincelejo del municipio de San Vicente del Caguán; para nombra en periodo de prueba al Docente GONZALO ANTONIO GRANDA SANCHEZ, con ocasión a la convocatoria 606 del 2018.¹⁶
- El concurso especial docente para zonas afectadas por el conflicto armado se fundamenta en los Decretos Ley 882 y 893 de 2017, y en el Decreto 1578 del 2017 “por el cual se reglamenta el Decreto Ley 882 de 2017 y se adiciona el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, en relación con el concurso de méritos para el ingreso al sistema especial de carrera

¹⁵ Ver archivo “03EscritoTutela.pdf.” Folio del 10 al 12, expediente digital.

¹⁶ Ver archivo “03EscritoTutela.pdf.” Folio del 15 al 21, expediente digital.

docente en zonas afectadas por el conflicto, priorizadas y reglamentadas por el Ministerio de Educación Nacional”.

- Correspondió a las entidades territoriales dar aplicación a los criterios enunciados en la mentada normatividad y determinar la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC, posterior a lo cual, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC dio apertura a las convocatorias 601 a 623 de 2018, Concurso Directivos Docentes y Docentes, estableciendo mediante Acuerdo No. CNSC 20181000002436 del 19 de julio de 2018¹⁷ las reglas del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de Directivos Docentes, en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria en zonas rurales afectadas por el conflicto, priorizadas y reglamentadas por el Ministerio de Educación Nacional, ubicadas en la entidad territorial certificada en educación DEPARTAMENTO DE CAQUETÁ – Proceso de Selección No. 606 de 2018.
- Al recorrer el traslado la Jefe del Departamento Jurídico del **DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ** y **SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ**, mediante escrito allegado el 31 de agosto del 2022 vía correo electrónico¹⁸, manifestó que el Gobierno Nacional mediante Decreto Ley 882 de 2017, dispuso la realización de un concurso especial de méritos para la provisión de empleos docentes en zonas afectadas por el conflicto armado, que serían precisadas por el Ministerio de Educación Nacional de conformidad con los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), el cual se haría mediante un concurso de méritos de carácter especial convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), como ente autónomo encargado de la administración y vigilancia de la carrera administrativa.
- Señaló que en dicha convocatoria siendo mayoritaria la lista de elegibles en relación con el número de vacantes a proteger (1322 vs 2800), el Departamento del Caquetá en cumplimiento de la obligación jurídico constitucional contenida en el artículo 13 Constitucional de propiciar un trato preferencial como medida afirmativa en favor de las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad o con enfermedades catastróficas o de los funcionarios que tienen fuero sindical, a quienes si bien esa circunstancia no les otorga el derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral cuya estabilidad relativa cede frente al derecho de quien accede al cargo por mérito, expidió el Decreto 000751 de 26 de mayo de 2021, por medio del cual se dispuso el traslado y/o reubicación de los docentes o directivos docentes en provisionalidad que acreditaran alguna de las condiciones establecidas en el parágrafo 2 del Decreto 1083 de 2015 a aplicar con ocasión al concurso de méritos 606 de 2018 y se

¹⁷ Publicado el 14 de diciembre de 2018, según se advierte en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, ingresando al link: <https://www.cns.gov.co/index.php/normatividad-601-a-623-de-2018-directivos-docentes-y-docentes-en-zonas-afectadas-por-el-conflicto-armado>

¹⁸ Ver archivo “06CorreoRespuestaSecEducacionDepartamental” y “07RespuestaSecEducacionDepartamental” expediente digital

establecieron los criterios de desempate en caso de que las solicitudes de protección sean superiores al número de vacantes a proveer.

- Argumentó que en el presente caso la accionante no demostró que se encuentre frente a un daño inminente o perjuicio irremediable de vulneración de sus garantías fundamentales que justifiquen la procedencia excepcional de la acción constitucional de tutela, ni explica por qué los medios de defensa ordinarios no son eficaces ni idóneos para la protección de sus derechos fundamentales. En consecuencia, no son suficientes los argumentos que depone la accionante para acreditar el perjuicio irremediable que reza el numeral 1 del artículo 06 de Decreto 2591 de 1911, razón por la cual, solicitó al Despacho que se declarara la improcedencia de la acción de tutela.
- Al Descorrer el traslado la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC, mediante escrito allegado vía correo electrónico el 31 de agosto de 2022, informó que, la accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama en el caso concreto; sino que no existe perjuicio irremediable en relación con controvertir la convocatoria objeto de controversia. Refiere que, la presente acción es improcedente toda vez que carece de requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues la inconformidad del accionante radica en la expedición del acuerdo de convocatoria debido la expedición de las listas de elegibles dentro del marco de la convocatoria por Nulidad del Decreto 491 de 2020 declarada por el Consejo de Estado que sirvió de base para la expedición de la Resolución No. 0420 del 23 de febrero del año 2021, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el mentado acto administrativo, razón por la cual la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.
- Agregó que, la Comisión Nacional no tiene injerencia alguna en el desarrollo de los procesos que adelanta el Ministerio de Educación Nacional y la Secretaría de Educación Departamental de Caquetá a través del “Sistema Maestro”, así como tampoco, en el nombramiento provisional que derive de ello, pues como lo señala la normatividad previamente citada, este procedimiento es del resorte exclusivo de la entidad territorial certificada en educación, por tanto, la CNSC como instancia consultiva en materia de carrera, no participa en la coadministración de las relaciones laborales y situaciones administrativas particulares que se presenten al interior de las entidades, como lo relacionado con la vinculación o desvinculación de docentes nombrados en provisionalidad.
- Finalmente, la Comisión adujo que en virtud del control automático de legalidad que le compete al Consejo de Estado, en Sala Diecisiete de Decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación, mediante Sentencia del 03 de junio de 2022, dentro del radicado No. 2021-04664, resolvió: *“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020 “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria”, dictado por el presidente*

de la República con la firma del ministro de Justicia y del Derecho y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, por las razones señaladas en la parte motiva de esta sentencia. (...)”.

- No obstante, al momento de establecer los efectos de su decisión, el Consejo de Estado señaló: “(...) durante su vigencia, el acto que se declara ilegal surtió efectos y, por ende, las situaciones jurídicas que se consolidaron bajo su amparo no pueden verse afectadas con la presente decisión. Así las cosas, es necesario señalar, con respecto a la reactivación de los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, así como los periodos de prueba en vigencia de la emergencia sanitaria, que estos no pueden verse afectados, en cuanto, las entidades o instancias responsables de adelantar los procesos de selección amparadas en la confianza legítima, tuvieron la convicción de que dichos trámites podían reanudarse desde el momento en que el Decreto 1754 de 2020 así lo dispuso. En ese orden, los efectos de la declaratoria de nulidad del acto enjuiciado operan hacia el futuro o ex nunc”. Así las cosas, y atendiendo a los efectos que el Consejo de Estado señaló en su decisión, las actuaciones adelantadas en el marco de los concursos de mérito, durante la vigencia del decreto ahora nulo, conservan validez, es decir, que los efectos de la decisión solo rigen a futuro.
- El jefe de la oficina jurídica del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, mediante escrito allegado vía correo electrónico el 5 de septiembre del 2022¹⁹, manifestó que el concurso que menciona la accionante se hizo bajo los lineamientos del principio constitucional de meritocracia, la realización de la función administrativa a favor de los interés generales de la sociedad y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en este caso el de servir a la comunidad y garantizar un servicio educativo de calidad, a fin de promover la prosperidad de las zonas convocadas, así como la participación activa al acceso a los cargos públicos, como educadores oficiales, a través de la consagración de un proceso de selección transparente y objetivo.
- Argumentó que, no existe vulneración de derechos fundamentales por parte del Ministerio de Educación en razón a que este ha venido dando cumplimiento y aplicación en la realización de las orientaciones y asistencias correspondientes sobre la administración del personal docente y lo concerniente a lo contenido en la norma sobre la concesión de permisos sindicales, pues esta carece de un objeto existente de violación de sus derechos, pese a la informalidad de la acción de tutela, uno de sus requisitos esenciales es la existencia de una violación o amenaza directa de derechos fundamentales por la acción u omisión de las autoridades, es decir, que debe concretarse la existencia de la violación de un derecho determinado a una persona, la identificación de la persona cuyo derecho ha sido vulnerado o amenazado y la relación de causalidad entre la acción u omisión de la autoridad y tal vulneración.

¹⁹ Ver archivos “16CorreoResuestaMinEducacion.pdf” y “17RespuestaMinEducacion.pdf” del expediente digital.

- Añadió que, dada las pretensiones expuestas por la accionante y en las cuales no acredita la existencia de una configuración de violación de derechos fundamentales en cabeza del Ministerio, la tutela no es el medio idóneo para el reconocimiento de obligaciones o de supuestos derechos en un proceso de selección y menos cuando la accionante basa sus pretensiones en meras expectativas y no sobre derechos ciertos, en tal virtud, acudir a la tutela con el fin de obtener un beneficio propio sin las características ni fundamentos en derecho, lo que hace perder la noción y esencia de la acción de tutela.

Primeramente, ha de indicarse que las pretensiones de la parte actora, se encuentran encaminadas a que se tutele como mecanismo transitorio el derecho fundamental al trabajo de la señora YANED LOPEZ TAPIERO, que dicen ha sido vulnerado, por las actuaciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Ministerio de Educación Nacional y la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, al haber sido desvinculada como docente del área de básica primaria en la I.E.R. Los Fundadores sede Sincelejo del municipio de San Vicente del Caguán, sin que se cumpliera con lo señalado en los artículos 2 y 14 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 (Decreto Ley que hace parte de la declaratoria del Estado Social de Emergencia Económica y social) y de la Sentencia de la Corte Constitucional C-240/20 que declaró la exequible del Decreto Ley 491, hoy declarado nulo por el Consejo de Estado, concediéndole según la accionante a reclamar su derecho de reintegro inmediato a la plaza que ocupó hasta el año 2021, con ocasión a que su despido fue ilegal como quiera que la Emergencia Sanitaria decretada por el Gobierno Nacional tuvo vigencia hasta el 30 de junio del 2022.

Conforme a lo anterior, se avizora que la señora YANED LOPEZ TAPIERO pretende a través de la acción Constitucional atacar decisiones y actos administrativos adoptados dentro de un concurso de méritos, siendo posible colegir el incumplimiento de uno de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, en concreto, el de subsidiariedad que impone que el interesado debe hacer uso de los mecanismos legales para conjurar la vulneración que acusa, situación que de no verificarse, deriva en la improcedencia del amparo, comprensión que solo cede si se constata que el recurso resulta ineficaz o que se deba evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable.

Lo anterior, como quiera que si bien es cierto que previo a promover la presente acción constitucional, la señora YANED LOPEZ TAPIERO, al parecer acudió a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues así lo dejó entrever en el escrito de Tutela, pese al no haber adjuntado prueba que así lo demostrara, lo cierto es que se puede presumir que lo solicitado en esa Acción es lo mismo que pretende que por vía de Tutela, esto es, dejar sin efecto el acto administrativo por medio del cual se dio por terminada su vinculación de la planta global docente de la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, cargo que ocupada para ese momento en provisionalidad, con ocasión del proceso de selección 606 de 2018, sin acudir nuevamente ante el juez natural, esto es, la jurisdicción contenciosa administrativa, a efectos de que allí se revisara la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión del mencionado Concurso de Méritos y se declarara la nulidad de los mismos en caso de encontrarse que fueron expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o mediante falsa motivación, tal como lo argumenta la accionante que fueron proferidos.

En orden a lo pretendido, y específicamente tratándose de la acción de tutela contra actos administrativos, la Corte Constitucional ha indicado que la excepcionalidad del recurso de amparo se torna especialmente estricto, en tanto, no es el mecanismo idóneo para atacarlos, ya que por su propia naturaleza, se encuentran amparados por el principio de legalidad, pues se parte del presupuesto que la administración, al momento de manifestarse a través de un acto, debe acatar las prerrogativas constitucionales y legales a las que se encuentra subordinada. De allí que su legalidad se presume, obligando a demostrar a quien pretende controvertirlos que aquel se apartó, sin justificación alguna, del ordenamiento jurídico, debate que se debe adelantar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En este sentido, la Alta Corporación²⁰ ha determinado que la acción de tutela no procede como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, evento en el que el juez de tutela únicamente podrá suspender la aplicación del acto administrativo mientras se surte el respectivo proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991).

Habida cuenta de que la causal de improcedencia relacionada con el agotamiento de los medios de defensa judicial, cede ante la existencia de un perjuicio irremediable, se impone decir entonces que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional la “irremediabilidad” determina que no se trata de cualquier menoscabo, y conforme al Decreto 2591 de 1991, “se entiende por irremediable el perjuicio que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”. En sentencia T-009 de 2008²¹, la Corte señaló:

El género próximo es el perjuicio; por tal, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, ha de entenderse el "efecto de perjudicar o perjudicarse", y perjudicar significa -según el mismo Diccionario- "ocasionar daño o menoscabo material o moral". Por tanto, hay perjuicio cuando se presenta un daño o menoscabo material o moral injustificado, es decir, no como consecuencia de una acción legítima.

"La diferencia específica la encontramos en la voz "irremediable". La primera noción que nos da el Diccionario es "que no se puede remediar y la lógica de ello es porque el bien jurídicamente protegido se deteriora irreversiblemente hasta tal punto, que ya no puede ser recuperado en su integridad. Por ello se justifica la indemnización, porque es imposible devolver o reintegrar el mismo bien lesionado en

²⁰ Sentencias T-912 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento jurídico N° 3.4.; T-716 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 3.4.; T-030 de 2015. M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez, fundamento jurídico N° 3; T-161 de 2017. M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís, fundamento jurídico N° 3.4.; y T-473 de 2017. M.P. (e) Iván Humberto Escruera Mayolo, fundamento jurídico N° 3.4.

²¹ Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

su identidad o equivalencia justa. La indemnización compensa, pero no es la satisfacción plena de la deuda en justicia.

"Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la imposterabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación Táctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término "amenaza" es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral. (...) (Negrilla y subrayado del Despacho)

Respecto a lo anterior, adujo la accionante que, acto administrativo por medio del se realizó su desvinculación es ilegal, debido a que el Consejo de Estado declaró nulo el Decreto 491 de 2020²²; además que en su caso particular, ni siquiera se hizo un estudio técnico sobre las plazas ofertadas para población de Municipios PDET.

De lo anterior, se avizora un errónea interpretación por parte de la actora en Sala Diecisiete de Decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación, mediante Sentencia del 03 de junio de 2022, dentro del radicado No. 2021-04664, pues al establecerse los efectos de dicha decisión se señaló lo siguiente: "(...) *durante su vigencia, el acto que se declara ilegal surtió efectos y, por ende, las situaciones jurídicas que se consolidaron bajo su amparo no pueden verse afectadas con la presente decisión. Así las cosas, es necesario señalar, con respecto a la reactivación de los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, así como los periodos de prueba en vigencia de la emergencia sanitaria, que estos no pueden verse afectados, en cuanto, las entidades o instancias responsables de adelantar los procesos de selección amparadas en la confianza legítima, tuvieron la convicción de que dichos trámites podían reanudarse desde el momento en que el Decreto 1754 de 2020 así lo dispuso. En ese orden, los efectos de la declaratoria de nulidad del acto enjuiciado operan hacia el futuro o ex nunc*".

Por lo que atendiendo los efectos de dicha decisión, es plausible señalar que las actuaciones adelantadas en el marco de los concursos de mérito, durante la vigencia del decreto ahora nulo, conservan validez, es decir, que los efectos de la decisión solo rigen a futuro.

²² Sala de lo Contencioso Administrativo de esa Corporación, mediante Sentencia del 03 de junio de 2022, dentro del radicado No. 2021-04664.

Conforme a lo expuesto, cabe exaltar que, la oferta del cargo que ocupó la accionante, no se realizó por capricho de las entidades encartadas, sino en cumplimiento de las normas que rigieron el concurso de mérito adelantado, además, debe resaltarse que, si bien es cierto, la señora LOPEZ TAPIERO, fue nombrada en provisionalidad mediante Decreto 000355 del 29 de marzo de 2016 expedido por el Gobernador del Caquetá, en el artículo tercero de dicho acto administrativo, se dispuso que, el nombramiento estaría vigente ***“hasta que se configure cualquiera de las causales de retiro de servicio consagrados en la Constitución Política Nacional, las Leyes y los Reglamentos”*** (resaltado del Despacho) , por lo que, la accionante, desde que empezó a ejercer su cargo, tenía conocimiento que, como consecuencia del adelantamiento de un concurso de méritos, su provisionalidad podía terminar, como ocurrió el 6 de agosto de 2021 con el nombramiento en período de prueba del docente que por meritocracia, obtuvo el derecho de acceder a los cargos de la convocatoria 606 del 2018, escogiendo como plaza, la que hasta ese momento se encontraba disponible, ya que se encontraba siendo ocupada por un docente nombrado en provisionalidad, por lo que la escogencia y nombramiento del concursante no se realizó de manera injustificada.

Ahora bien, respecto de la solicitud de suspensión del proceso de selección 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2604 de 2022 Directivos Docentes y Docentes, la accionante incurre en error, al solicitar que una de las 37480 vacantes que se encuentran ofertadas en el actual proceso, sea tenida en cuenta como una plaza del Proceso de selección de PDET, sin contar con los méritos para la asignación de la misma, aunado a ello, se debe tener en cuenta que se trata de dos procesos de selección diferentes, habida cuenta que el proceso de selección CNSC No. 601 a 623 de 2018 - Directivos docentes y docentes en zonas afectadas por el conflicto armado, a la fecha se encuentra finalizado, todas las listas de elegibles se encuentran en firme. Por otra parte, el proceso de selección 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2604 de 2022, se encuentra en curso, y el día 25 de septiembre de 2022, se llevará a cabo la presentación de la prueba escrita, en la cual se espera la asistencia de 401.241 aspirantes, los cuales se encuentran debidamente inscritos en el aplicativo SIMO, quienes previamente adquirieron su derecho a participación, proceso que debió haber agotado la accionante si lo que pretende es alcanzar una de esas vacantes que se encuentran disponibles en el nuevo proceso de selección, pues debe prevalecer el derecho a la igualdad de los demás participantes inscritos en ese concurso de mérito.

Como consecuencia de lo anterior, debe indicarse que, encuentra este Despacho, desvirtuada la afirmación de la vulneración al derecho fundamental al trabajo, toda vez que como se señaló en precedencia, la selección y oferta de la vacante de la cual fue desvinculada la actora, se realizó con el lleno de los requisitos exigidos por las normas encargadas de regular el proceso de selección 606 de 2018, situación que conlleva a declarar improcedente las pretensiones incoadas por la actora.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE FLORENCIA, CAQUETA, Administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

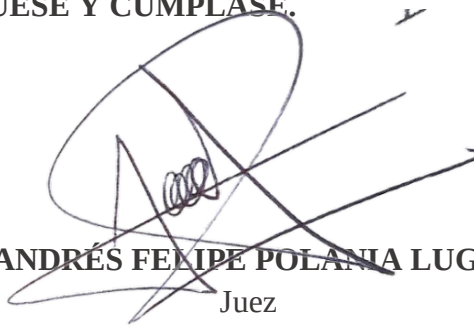
RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la solicitud de amparo al derecho fundamental al trabajo de la señora **YANED LOPEZ TAPIERO identificada con cédula de ciudadanía No. 40.780.061**, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: NOTIFICAR el presente fallo a las partes por el medio más expedito.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada (Art. 32 del decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ANDRÉS FELIPE POLANÍA LUGO

Juez