



**JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO NEIVA- HUILA**

Neiva - Huila, primero (1) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

**REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA DE PRIMERA
INSTANCIA**

RADICADO: 410013118002 2023-00015-00

ACCIONANTE: SAIR ANTONIO UBARNES APARICIO

**ACCIONADO: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO
CIVIL Y OTROS.**

SENTENCIA No. 019

1.- ASUNTO

Procede el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de Conocimiento de Neiva (H), a resolver la acción de tutela presentada en causa propia por el ciudadano **SAIR ANTONIO UBARNES APARICIO**, contra **EL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, LA UNIVERSIDAD LIBRE y LA SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE NEIVA** requiriendo el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, trabajo, seguridad social, entre otros, los cuales considera vulnerados por las accionadas.

2.- LA ACCIÓN Y SUS FUNDAMENTOS.¹

Señaló el tutelante, que desde el 25 de febrero de 2020, fue nombrado por la **SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL** como docente oficial nivel 2 A en provisionalidad definitiva del COLEGIO INEM JULIAN MOTTA SALAS de esta ciudad, en la jornada mañana.

Agregó que mediante procesos de selección N° 2150 A 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos y docentes), la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL realizó la convocatoria para proveer los cargos de Directivos docentes y Docentes a nivel nacional, prueba que sería aplicada por la UNIVERSIDAD LIBRE.

Adicionó que el Decreto 915 del 1 de junio de 2016, determinó que para dar apertura a la convocatoria, era necesario que los **ALCALDES** y **GOBERNADORES**, reportaran los cargos que se encuentren en vacancia definitiva, por lo cual **LA SECRETARIA DE EDUCACION** de esta ciudad, reportó como disponible el puesto que actualmente ocupa, sin tener en cuenta que es una persona en condición de discapacidad y además es víctima del conflicto armado, circunstancia que transgrede los derechos fundamentales alegados, habida cuenta que ello conllevará en el futuro pérdida del empleo que actualmente ostenta, conminándolo a carecer de los recursos económicos para proveer las necesidades básicas suyas y de su familia.

1 Cuaderno Original Folios No. 1 - 3

Por lo anterior solicitó:

*“Se ordene a las Entidades Accionadas que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la Sentencia, deben **EXCLUIR** del reporte de los cargos que se encuentren en vacancia definitiva la plaza que ocupo como docente en provisionalidad definitiva, el **artículo 12 de la Ley 790 del 27 de diciembre de 2002, el artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, el parágrafo 2° del artículo 263 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019 y el artículo 1° del Decreto 1415 del 4 de noviembre de 2021**, en la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC, a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, de los **Procesos de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes)**, convocados por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, la UNIVERSIDAD LIBRE y/o la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN.***

2.2.2. *Se ordene a las Entidades Accionadas que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la Sentencia, la **SUSPENSIÓN** de las etapas restantes en los **Procesos de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos Docentes y Docentes)**, convocados por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, la UNIVERSIDAD LIBRE y/o la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, al haber reportado la plaza que ocupo como docente en provisionalidad definitiva, en la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC, a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO. Esta suspensión debe extenderse, hasta tanto el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, la UNIVERSIDAD LIBRE y/o la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, revisen a nivel Nacional, que las plazas docentes en provisionalidad definitiva, reportadas en la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC, a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, cumplen con lo contemplado en el **artículo 12 de la Ley 790 del 27 de diciembre de 2002, el artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, el parágrafo 2° del artículo 263 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019 y el artículo 1° del Decreto 1415 del 4 de noviembre de 2021.***

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

4. *Se autorice la expedición de copias, a mi costa, de la Sentencia de Tutela y de la contestación que al fallo produzcan las accionadas.”*

Aportó como prueba los siguientes documentos: ²

1. Copia de su Cédula de ciudadanía.
2. Certificado de tiempos de servicio, expedido por la Secretaría de Educación.
3. Certificación de Discapacidad.
4. Certificado de afiliación al Sistema de Salud contratado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.
5. Decreto o Resolución de Nombramiento en provisionalidad.
6. Copia del Acuerdo No. __260__, expedido por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, se convocó y estableció el reglamento del Concurso Docente en la Entidad Territorial a la que pertenezco.
7. Certificación sobre VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO (AMENAZA), expedido por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas – UARIV, la Fiscalía General de la Nación – FGN, la Unidad Nacional de Protección – UNP o la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN.

3.- ACTUACIÓN PROCESAL.

² Cuaderno Original Folios No. 4 - 10

La acción anterior correspondió a este Despacho Judicial, quien por auto del 17 de febrero de 2023 la admitió³, y dispuso su trámite en la forma prevista en el Decreto 2591 de 1991 y reglamentado por el Decreto 306 de 1992; ordenando la notificación y traslado a las entidades accionadas **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, LA UNIVERSIDAD LIBRE y LA SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE NEIVA**, para que suministraran la información relacionada con el asunto materia de debate y ejerciera el derecho de contradicción y defensa, para lo cual se le otorgó el término de dos (02) días.

Igualmente, se vinculó de manera oficiosa a **LA ALCALDIA DE NEIVA- SECRETARIA DE EDUACCION MUNICIPAL, LA GOBERNACION DEL HUILA SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, EL COLEGIO INEM JULIAN MOTTA SALAS**, así como también a los participantes del concurso N° 2150 A 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (directivos y docentes), concretamente a los de zonas no rurales, docente del área de sociales, historia, geografía, constitución política y democracia, para el municipio de Neiva (Huila), ante el eventual interés que pudieran tener, de estos últimos se ordenó su notificación a través de la página web de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** y de los correos electrónicos que reportaron a dicha entidad.

También se negó la medida provisional solicitada por el accionante.

4.- RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADAS Y VINCULADAS.

4.1.- INEM JULIAN MOTTA SALAS.

En respuesta al libelo de tutela Luis Alfredo Cerquera Ayala en calidad de Rector de la institución informó que “*en atención al asunto de referencia, me permito manifestarles que no es competencia para definir la solicitud que se presenta en dicha tutela*”, sin hacer alguna otra aseveración.

4.2.- COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA en su condición de Jefe de Oficina Asesora Jurídica, manifestó al traslado del amparo que la entidad que representa no es la competente para certificar el reporte de los cargos que se encuentran en vacancia definitiva, ya que esta es una situación exclusiva de la autoridad nominadora, es decir, el **SECRETARIO DE EDUCACION**, por lo cual considera resulta evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Agregó que con base en la información allegada por la **SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL de NEIVA (H)**, se expidió el Acuerdo 141 del 28 de marzo de 2022, “*POR EL CUAL SE MODIFICA EL ACUERDO DE CONVOCATORIA N°20212000021716 EN EL MARCO DEL PROCESO DE SELECCIÓN N° 2150 A 2237 DE 2021- DIRECTIVOS DOCENTES Y DOCENTES 2021*”, el cual, en su artículo 8, con relación a la modificación de la OPEC señaló:

3 Cuaderno Original Folio No. 12

*“(…) **PARÁGRAFO 1.** La OPEC que forma parte integral del presente Acuerdo, **ha sido suministrada y certificada por la entidad territorial MUNICIPIO DE NEIVA y es de su responsabilidad exclusiva.***

Las consecuencias derivadas de la inexactitud, equivocación o falsedad de la información reportada por la aludida entidad serán de su entera responsabilidad, por lo que la CNSC queda exenta de cualquier clase de responsabilidad frente a terceros por tal información. En caso de existir diferencias entre la OPEC certificada en SIMO por la entidad y el referido Manual de Funciones, Requisitos y Competencias, prevalecerá este último, por consiguiente, la OPEC se corregirá con observancia en lo establecido en el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias. Así mismo, en caso de presentarse diferencias entre dicho Manual y la ley, prevalecerán las disposiciones contenidas en la norma superior.

***PARÁGRAFO 2.** Es responsabilidad del Gobernador, Alcalde o el Secretario de educación, siempre que tenga delegada la competencia de nominación, informar mediante comunicación oficial a la CNSC, antes del inicio de la Etapa de Inscripciones de este proceso de selección, cualquier modificación que requiera realizar a la información registrada en SIMO con ocasión del ajuste del Manual de Funciones, Requisitos y Competencias para las vacantes de los empleos reportados o de movimientos en la respectiva planta de personal. En todos los casos, los correspondientes ajustes a la OPEC registrada en SIMO deben ser realizados por la misma entidad, igualmente, antes del inicio de la referida Etapa de Inscripciones. Con esta misma oportunidad, debe realizar los ajustes que la CNSC le solicite por imprecisiones que llegase a identificar en la OPEC registrada. Iniciada la Etapa de Inscripciones y hasta la culminación del Período de Prueba de los posesionados en uso de las respectivas Listas de Elegibles, el Gobernador, alcalde o el Secretario de Educación de la entidad pública no puede modificar la información registrada en SIMO para este proceso de selección. (…)*”.

Al margen de lo expuesto explicó que los nombramiento provisionales no impiden que se implementen los órdenes de provisión de vacantes definitivas definidos en el artículo 2.4.6.3.9 del Decreto Único Reglamentario 1075 de 2015, adicionado por el Decreto 490 de 2016, enunciado en el párrafo anterior, pues la misma naturaleza transitoria hace que se condicione su existencia hasta tanto opere alguno de los órdenes de provisión definitiva o cualquier otra causal legítima que genere la separación del cargo.

Ahora, frente a la desvinculación de provisionales en situaciones especiales, resaltó que el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, expidió el Concepto Marco No. 09 de 2018, mediante el cual se desarrolla el tema atinente a la **“DESVINCULACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIONES ESPECIALES PARA PROVEER EL CARGO CON QUIEN GANÓ LA PLAZA MEDIANTE CONCURSO DE MÉRITOS”**, donde trajo a colación el precedente jurisprudencial desarrollado por la Honorable Corte Constitucional con relación al tema, lo anterior como consecuencia de las listas de elegibles proferidas en el marco de un concurso abierto de méritos y, principalmente, en relación a aquellas personas en condiciones de especial vulnerabilidad, concluyendo que:

*“(…) 4. La estabilidad **relativa** que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas, **padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.***
*5. De acuerdo con la sentencia de unificación de jurisprudencia de 2011, la Corte Constitucional ha afirmado que cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) **surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso**, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los **padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados**, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la Constitución Política (art. 13 numeral 3°), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), **se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.***

6. Por ejemplo, **de existir cargos vacantes similares o equivalentes a los que venían ocupando podrán ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.**

(...)

8. Por tanto, cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección **esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:**

- Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
- Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
- Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
- Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical (...)” (Énfasis fuera del texto de origen.)”.

De lo expuesto extrajo que, independientemente de que existan personas vinculadas en provisionalidad con situaciones de especial vulnerabilidad, el ente nominador está en la obligación de nombrar y posesionar a quien en mérito obtuvo su derecho prevalente.

Sin embargo, el acto administrativo de desvinculación de los provisionales no puede ser caprichoso, ni arbitrario, por el contrario debe estar motivado y fundamentado. Además, es claro que la administración, de ser posible, debe emprender medidas afirmativas en favor de empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales.

Por último, esbozó que el accionante a la fecha se encuentra vinculado a la secretaria de educación y no existe una vulneración de sus derechos fundamentales que acrediten actualmente alguna protección especial, además solicitó desvincular a la entidad que representa por falta de legitimación en la causa por pasiva.

4.3.- UNIVERSIDAD LIBRE.

Diego Hernán Fernández Guecha, en su calidad de Apoderado Especial del alma mater, indicó al traslado del amparo que como se evidencia en el libelo la razón de inconformidad del petente la constituye el considerar que no se respetó su estatus de estabilidad laboral reforzada por discapacidad, por cuanto fue reportada como vacante, el cargo que actualmente ocupa, situación que no le compete, por cuanto, si bien, suscribió con **LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** el contrato número 108 de 2022, el cual tenía por objeto, “Desarrollar el proceso de selección para la provisión de empleos vacantes del sistema especial de carrera docente, denominado proceso de selección Directivos docentes y Docentes –Población Mayoritaria, correspondiente a las pruebas escritas, así como el Proceso de Selección No. 601 de 2018 Directivos docentes y Docentes en Zonas afectadas por el conflicto armado –Departamento Norte de Santander, desde las pruebas de conocimientos específicos y pedagógicos y psicotécnica hasta la consolidación de los resultados finales para la conformación de las listas de elegibles, para el empleo Docente Primaria.”, como se desprende del objeto contractual dicho claustro adquirió obligaciones únicamente desde la etapa de pruebas para la población mayoritaria, de tal suerte que no tiene injerencia en la etapa de planeación del concurso.

Conteste con lo anterior concluyó que no hay posibilidad de abordar el estudio de responsabilidad atribuible a la Universidad que representa, por cuanto, como reiteró el motivo que generó la formulación del amparo escapa a su competencia, por lo anterior solicitó declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva.

4.3.- ALCALDIA DE NEIVA- SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL.

Camila Mercedes Ortega Suarez, quien funge como **SECRETARIA DE EDUCACION** encargada, indicó al traslado del amparo que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la **CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA**, garantiza la protección inmediata de los derechos fundamentales, siempre y cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial y que para el caso que nos ocupa el accionante no hizo uso de ellos.

Agregó que es cierto que el accionante fue nombrado en provisionalidad por la **SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL**, mediante Decreto N°054 del 20 de febrero de 2020, para cubrir la vacancia definitiva por renuncia de la docente BLANCA ROSA CHICHILLA DE CAVIEDES, en el área de desempeño de ciencias sociales, secundaria, nivel salarial 2 A, en la **INSTITUCION EDUCATIVA INEM JULIAN MOTTA SALAS** de esta ciudad, cargo que desempeña actualmente.

Así mismo, anotó que dicha entidad dando cumplimiento al artículo 2.4.1.1.4 del Decreto Único Reglamentario 1075 de 2015, reportó a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, 210 vacantes definitivas que son objeto de proceso de selección por mérito de docentes y directivos docentes de establecimientos educativos estatales, aclarando que, hasta el momento no se ha conformado la lista de elegibles.

Reiteró que como quiera que el concurso no ha finiquitado y no existe lista de legibles en firme, no es posible predicar la transgresión de algún derecho fundamental del accionante, por cuanto hasta la fecha no se le ha terminado su provisionalidad, además aclaró que antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba y retirar del servicio los empleados provisionales acorde con lo dispuesto en Jurisprudencia de la Corte Constitucional tendrá en cuenta entre otros a quienes sufran algún tipo de discapacidad, para en lo posible reubicarlos en otros empleos que se encuentren vacantes y para los cuales cumplan los requisitos.

Por lo anterior manifestó se opone a las pretensiones deprecadas en el libelo introductor al considerar no ha transgredido derecho fundamenta alguno.

4.4.- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

ALEJANDRO BOTERO VALENCIA, representante judicial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, en mi calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, según Resolución No. 017750 del 6 de septiembre de 2022, explicó que el Ministerio de Educación Nacional en cumplimiento del artículo 2.4.6.3.8 del Decreto Único Reglamentario 1075 de 2015, adicionado por el artículo 1° del Decreto 490 de 2016, expidió la Resolución No. 00253 de 2019, modificada por la Resolución No. 003842 del 18 marzo 2022, esto es, el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias para los cargos Docentes y Directivos Docentes y del Sistema Especial de Carrera Docente. En el cual se estableció las funciones y competencias laborales de los empleos públicos del sector docente, así como los requisitos mínimos de formación académica, experiencia y demás competencias exigidas para la provisión de dichos cargos y su desempeño.

Frente a los hechos manifestó que la Comisión Nacional del Servicio Civil en el marco de sus competencias dio apertura a las Convocatorias Nos. 2150 a 2237 de 2021 – directivos docentes y docentes, estableciendo las condiciones específicas de las diferentes etapas del proceso de selección y que conforme a la información que reposa en la página de la Comisión Nacional del Servicio Civil <https://historico.cnsc.gov.co/index.php/2150-a-2237-de-2021-directivos-docentes-y-docentes-avisos-informativos>, la convocatoria se encuentra en la etapa reclamaciones frente a los resultados definitivos Pruebas Escritas de los Procesos de Selección 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 Directivos Docentes y Docentes.

Que referente a la Prelación empleados en situación de estabilidad laboral reforzada, frente al concurso de méritos, el artículo El parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 Decreto 1083 de 2015, estableció que:

“PARÁGRAFO 2. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad. 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.”

Frente al asunto concreto, señaló que el citado señor fue nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa el día 20 de febrero de 2020, conforme al Decreto No. 0054 suscrito por el Secretario Municipal de Neiva, por cuanto, no es cierto como lo afirma en su escrito que esta nombrado en **“Provisionalidad Definitiva”**, porque esa figura no existe en la normatividad que rige la administración de personal para la función pública.

Además Adujó que, como se aprecia, la jurisprudencia nacional y la normatividad no ha sido ajeno el reconocimiento de la protección estatal hacia servidores en situación de estabilidad laboral reforzada, específicamente la de personas en condición de discapacidad, sin embargo, nótese que ni las normas que rigen el ingreso a la carrera administrativa, ni

la líneas de unificación jurisprudencial, determinan que los cargos ocupados con personas en situación de discapacidad, estén exentos de ser ofertados en los concursos para la provisión de empleos públicos en carrera administrativa que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil.

De acuerdo con el marco normativo respecto a la prestación del servicio educativo contenido en la Ley 115 de 1995 y la Ley 715 de 2001, en lo relacionado con dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de educación de preescolar, básica y media, la organización de la oferta y demanda educativa, la organización y el desarrollo de todas las estrategias para garantizar el acceso y la continuidad en el sistema educativo a la población en edad escolar, la contratación del servicio educativo y la atención completa de las necesidades propias en la prestación efectiva de dicho servicio, se encuentran a cargo de las Entidades Territoriales Certificadas en Educación.

De conformidad con lo expuesto solicitó **DESVINCULAR** al **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** como parte demandada dentro de la presente acción de tutela por cuanto no está desconociendo derecho fundamental alguno.

5.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

5.1.- COMPETENCIA

Prevé el artículo 15 del Decreto 2591 de 1991, el artículo 8 del Decreto 306 de 1992, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 333 de 2021 que modificó el Decreto 1069 de 2005, Único Reglamentario del Sector de Justicia y del Derecho, que la tramitación de la acción de tutela estará a cargo de los jueces y magistrados de la República, designados mediante reparto y que éstos deben asumir el conocimiento de la acción de tutela, de manera excepcional y paralela con la jurisdicción ordinaria a la que pertenezcan.

Teniendo en cuenta lo anterior, y por el domicilio de las partes, es competente este Despacho para conocer de la presente acción de tutela.

5.2.- PROBLEMA JURÍDICO.

Partiendo de los supuestos fácticos planteados en los acápites que anteceden, se establece en las presentes diligencias el siguiente problema jurídico a dilucidar:

¿Vulneraron los accionados y vinculados a la presente acción los derechos fundamentales alegados por el accionante **SAIR ANTONIO UBARNES APARICIO**, al ofertar como vacante el cargo ocupa actualmente como docente del Colegio INEM JULIAN MOTTA SALAS, el en concurso N° 2150 A 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos y docentes), sin tener en cuenta que es una persona con una discapacidad física y víctima del conflicto armado?

Para resolver el problema jurídico planteado, es necesario analizar en conjunto, los fundamentos expuestos por las partes en el caso sub-examine, junto con las pruebas obrantes en el expediente con el fin de dar solución al interrogante planteado. Para tal efecto, se analizará en su orden los siguientes ejes temáticos: i) subsidiariedad de la acción de tutela en general; ii) procedencia de la acción de tutela contra los actos administrativos que se expiden en el marco de un concurso de mérito y iii) caso en concreto.

5.3-PREMISAS NORMATIVAS

i) SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

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.” (Negrilla cursiva y subrayado nuestro)

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.

Sin embargo, nuestro máximo órgano en materia constitucional permite que, en casos de acreditación de un perjuicio irremediable, el amparo se torne procedente y habilitado quede el juez constitucional para suspender la aplicación del respectivo acto administrativo u ordenar su no ejecución mientras se surte el proceso ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Al respecto precisó la Corte, que:

“No obstante la Corte ha admitido la posibilidad de que el juez constitucional ordene la inaplicación de disposiciones legales y de los actos administrativos de carácter general o particular que fueron expedidos con base en aquéllas, cuando se acredite

plenamente en cada caso particular la existencia de un perjuicio que: (1) produzca de manera cierta y evidente la amenaza grave de un derecho fundamental; (2) de concretarse el riesgo no sea posible reparar el daño que ello origine; (3) presente un inminente acaecer; (4) solo pueda conjurarse mediante la medida de protección; y, (5) dada la naturaleza e importancia de los hechos la urgencia de la tutela de los derechos fundamentales amenazados resulte imprescindible” (Negrilla cursiva y subrayado fuera de texto)⁴.

ii) PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE SE EXPIDEN EN EL MARCO DE UN CONCURSO DE MÉRITO.

En cuanto a la improcedencia de la acción de tutela cuando la misma se dirige a controvertir actos administrativos proferidos en desarrollo de los concursos de méritos, la Corte Constitucional en Sentencia T-059 de 2019, concluyó:

“En desarrollo del artículo 86 y del Decreto 2591 de 1991 es posible sostener que, por regla general, la acción de tutela no procede en contra de los actos administrativos adoptados al interior de un concurso de méritos, en la medida en que para controvertir ese tipo de decisiones, en principio, los afectados cuentan con medios de defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, en este tema, existen dos excepciones: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela que sea adecuado para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso y (ii) cuando exista riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así las cosas, las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. Por ejemplo, cuando se trata de un cargo, para el que la Constitución o la ley previeron un periodo fijo y corto, como es el caso de los gerentes de Empresas Sociales del Estado, y del cual ya ha transcurrido un término importante. (Negrilla cursiva y subrayado fuera de texto)⁵.

iii) CASO CONCRETO.

El Constituyente de 1991 se preocupó por constitucionalizar no solo una completa declaración de derechos, sino por crear los mecanismos idóneos para su eficaz protección.

El artículo 86 de la Constitución Política define la tutela como la acción que tiene toda persona para reclamar, ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten

⁴ Sentencia T-1231 del 9 de diciembre de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵ Sentencia T-1231 del 9 de diciembre de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o por un particular en los casos definidos en la ley.

Del libelo introductor, los anexos aportados y las contestaciones dadas al traslado del amparo por las accionadas y vinculadas tenemos que:

El señor **SAIR ANTONIO UBARNES APARICIO**, formuló acción de tutela, al considerar conculcados sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al trabajo, seguridad social, salud confianza legítima, debido proceso administrativo, entre otros, por cuanto la plaza que actualmente ocupa como docente del colegio **INEM JULIAN MOTTA SALAS**, fue ofertada como disponible dentro del procesos de selección por mérito N° 2150 A 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos y docentes) que tramita la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, sin tener en cuenta que es una persona con una discapacidad física certificada por el Ministerio de Salud y que ha sido reconocido por la **UNIDAD PARA LA ATENCION Y REPARACION INTEGRAL A LAS VICTIMAS**, como víctima de la violencia hecho victimizante “amenaza”, por lo cual consideró es sujeto de estabilidad laboral reforzada.

Frente a lo expuesto, debe señalar esta judicatura de entrada, que no le asiste razón al accionante al pretender resolver su disenso, de exclusión del cargo que actualmente ocupa en el colegio **INEM JULIAN MOTTA SALAS** del concurso de méritos N° 2150 A 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (Directivos y docentes) porque lo que se ataca en sede de este amparo en esencia, son los actos administrativos “Acuerdo N°2021200021716 de 2021 modificado por el Acuerdo N° 141 de 2022, dictado en el marco de proceso de selección N° 2214 de 2021, correspondiente a la entidad territorial certificada en educación **MUNICIPIO DE NEIVA**, así como el acuerdo N°260 del 5 de mayo de 2022”, expedidos por la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, en los cuales se establecieron 210 puestos en vacancia definitiva de la OPEC (listado donde se encuentran las vacantes definitivas que requiere cubrir una entidad), de la territorial certificada en educación **MUNICIPIO DE NEIVA**.

Circunstancia que se corrobora con la afirmación hecha por el accionante en el acápite de “**III EL HECHO**”, de la acción, en la que manifiesto que: “la entidad territorial certificada en educación a la cual pertenezco, reportó, certificó y actualizó las vacantes definitivas de los empleos docentes y directivos docentes oficiales pertenecientes al Sistema Especial carrera docente, que hacen parte de la oferta pública de empleos de carrera –OPEC, a través del Sistema de Apoyo para la igualdad, el Mérito y la oportunidad SIMO, de conformidad con la solicitud efectuada por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.(...) De conformidad a lo expuesto, la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE NEIVA**, al reportar la plaza que ocupo como docente en provisionalidad definitiva, en la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC, a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, **desconoció e inaplicó de manera irregular** lo contemplado en el **artículo 12 de la Ley 790 del 27 de diciembre de 2002, el artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, el parágrafo 2° del artículo 263 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019 y el artículo 1° del Decreto 1415 del 4 de noviembre**

de 2021". De lo cual se concluye que la inconformidad aludida tiene su génesis en los Actos Administrativos por los cuales se reportó como vacante el cargo que actualmente ocupa.

En consecuencia, no sería la vía constitucional el escenario apropiado para discutir la legalidad de actos administrativos, sea de índole particular o general, pues la jurisdicción de lo contencioso administrativo fue creada precisamente para conocer y resolver de fondo litigios de las condiciones aquí esbozadas, según previsión del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuyo texto se transcribe:

*"Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. **La Jurisdicción de los Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en las leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. (...)**" (Negrillas fuera del texto)*

Aunado a lo anterior expuesto, el accionante tampoco acreditó que su situación fáctica se enmarque dentro de las excepciones previstas por nuestro máximo Órgano Constitucional para que se acepte la procedencia **excepcional** de la acción, esto es, "(i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela que sea adecuado para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso y (ii) cuando exista riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable".

Frente al primer tópico, habrá de precisarse que en la jurisdicción contenciosa administrativa, se encuentra instituidas las acciones de nulidad, así como la de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales son los mecanismo idóneos para atacar el acto administrativo que se reclama en sede de este amparo, ahora, frente a la eficacia, por el término en que estas tardan en resolverse, es preciso indicar que a voces del artículo 229 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en dichas acciones pueden pedirse medidas cautelares, incluso *"antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada"*, sin embargo desde el 5 de mayo de 2022, cuando se expidió el Acuerdo N°260 por parte de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, en el cual se reportaban las vacantes disponibles, el actor tuvo conocimiento del ofrecimiento del cargo que ocupa, y tan solo 9 meses después, acudió a formular la presente acción constitucional, desdibujando no solo el requisito de inmediatez del amparo, sino, también demostrando que **SAIR ANTONIO UBARNES APARICIO**, ha contado con el tiempo suficiente para acudir, al Juez natural del asunto a zanjar su diferencia, pero prefirió acudir de manera directa al presente amparo, pasando por alto el principio de subsidiariedad que lo gobierna.

Ahora, frente al segundo aspecto, es decir, el riesgo de un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional en **Sentencia T-458 de 1994⁶**, expresó que, para que el perjuicio irremediable se configure, no basta la sola afirmación de la accionante, sino que aquel debe estar plenamente acreditado en el proceso, y que además se adopte como mecanismo transitorio mientras se resuelve el derecho por parte del juez competente, para decidir la situación en forma definitiva.

Vale la pena reiterar que la irremediabilidad del perjuicio, implica que las cosas no puedan retornar a su estado anterior, y que sólo pueda ser invocada para solicitar al Juez la concesión de la tutela como “*mecanismo transitorio*” y no como fallo definitivo.

Al respecto, la Corte Constitucional ha definido el concepto de perjuicio irremediable y sus alcances, en los siguientes términos que, a su juicio, perfilan nitidamente sus contornos y funcionalidad como categoría fáctica:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.⁷

Sin embargo, tampoco se encuentra en la argumentación del actor, ni en las probanzas arrojadas sustento alguno que lleve a concluir la existencia de un perjuicio irremediable en las condiciones atrás descritas, pues la pérdida del empleo, por la escogencia del cargo que ocupa por alguna persona que haya superado el concurso de méritos, es una circunstancia que no está próxima a suceder en el sentido de que como lo informó el **MINISTERIO DE EDUCACION**, **ni siquiera se ha conformado la lista de elegibles y el proceso de selección de méritos se encuentra en etapa de reclamación de la prueba escrita**, por lo tanto, no se observa algún suceso a ocurrir que sea inminente y no le dé tiempo al actor de acudir al mecanismo legal natural para resolver su inconformidad.

A su vez, cuando el accionante fue nombrado por la **SECRETARIA DE EDUCACION** de Neiva (H), en un cargo en **provisionalidad** conocía de antemano que esta no era una condición perpetua y que su permanencia en el mismo, estaba condicionada a circunstancias tales como la provisión del empleo a través del concurso de méritos o de un traslado, etc, por lo cual

⁶ MP. Dr. JORGE ARANGO MEJÍA.

⁷ Sentencia T-451 de 2010.

no puede pretender aludir una situación que aceptó al momento que tomó posesión del cargo, ahora, como un perjuicio irremediable.

Aunado a lo anterior también resalta esta judicatura que el accionante no acreditó previo a acudir al presente mecanismo constitucional, el haber presentado su inconformismo y preocupación, frente al reporte de su vacante en el concurso de méritos, ante el directo implicado de resolver su pedimento, es decir la **ALCALDIA DE NEIVA HUILA** a través de **SECRETARIA DE EDUCACION**, quien dígame por demás, contestó al traslado del amparo que, si bien es cierto, el nombramiento en provisionalidad debe ceder ante el mérito, también lo es, que en el caso como el del actor donde se alega una circunstancia de discapacidad física, antes de efectuar los respectivos nombramientos de las personas en carrera, y retirar del servicio a los provisionales **se tendría en cuenta** dicha situación, para en la medida de lo posible **reubicarlos en otros empleos que se encuentren vacantes** y para los cuales cumplan los requisitos, es decir, anota esta judicatura que la Administración Municipal ha expuesto su compromiso conforme lo ordena la Ley⁸ y la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹ de tener en cuenta las especiales circunstancias en las que se encuentran algunos empleados temporales, para intentar su reubicación al momento de efectuar los nombramientos en carrera.

Pese a lo expuesto en líneas que anteceden, el accionante decidió obviar efectuar el reclamo ante la **SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL**, poniendo de presente la situación personal que lo aqueja y decidió acudir de manera directa al amparo.

En síntesis, se torna improcedente el amparo demandado, ya que si la normatividad ha dado los instrumentos jurídicos para el resguardo de esas prerrogativas, como para el particular evento son acudir directamente a poner en conocimiento de la **SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL** de esta ciudad, la situación personal que lo aqueja, así como las acciones contenciosas administrativas, el señor **UBARNES APARICIO** debió recurrir a ellas y no a la acción de tutela, la cual no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutos de los ordinarios o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, sino que tiene el propósito claro, definido, estricto y específico, que el propio precepto 86 de la Constitución Política indica, que no es otro diferente de brindar a la persona la protección inmediata y residual para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta reconoce.

⁸ Decreto Ley 882 de 2017.

⁹ Sentencia SU-446 de 2011, C-901 de 2008, T-505 de 2016

En consecuencia, bajo las consideraciones atrás reseñadas en armonía con el precedente jurisprudencial citado, este Despacho declara improcedente la presente acción de tutelas incoada por el señor **SAIR ANTONIO UBARNES APARICIO** contra **EL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, LA UNIVERSIDAD LIBRE y LA SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE NEIVA.**

6. DECISIÓN

Por lo expuesto el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Neiva, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

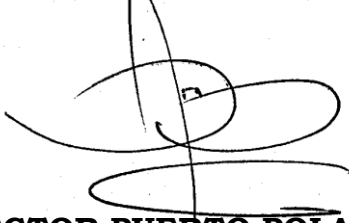
PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por el señor **SAIR ANTONIO UBARNES APARICIO**, contra **EL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, LA UNIVERSIDAD LIBRE y LA SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE NEIVA**, conforme lo analizado en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión por el medio más expedito y dentro del término establecido en el Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR al accionante copia de las contestaciones efectuadas por las accionadas y vinculadas conforme lo solicitó en el acápite de pretensiones.

CUARTO: REMITIRLA en el evento de no ser impugnada para su eventual revisión a la Honorable Corte Constitucional, dentro términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HÉCTOR PUERTO POLANCO
JUEZ



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES
CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO NEIVA- HUILA**

Neiva, dos (2) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

**REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA DE PRIMERA
INSTANCIA
RADICADO: 410013118002 2023-00015-00
ACCIONANTE: SAIR ANTONIO URBANES APARICIO
ACCIONADO: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL
Y OTROS.**

En atención al ordenamiento efectuado en el fallo de tutela de fecha 01 de marzo de 2023, donde se ordenó enterar a las partes de lo decidido en la sentencia de tutela y teniendo en cuenta que en el auto admisorio se dispuso la vinculación de los participantes inscritos o que tuvieran interés en las resultas de la acción, del concurso N° 2150 A 2237 de 2021, 2316 y 2406 de 2022 (directivos y docentes), concretamente a los de zonas no rurales, docente del área de sociales, historia, geografía, constitución política y democracia, para el municipio de Neiva (Huila), sin que alguno de ellos se pronunciara a lo manifestado en el libelo introductor, se dispone,

Ordenar a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** para que de manera inmediata publique en la página web de la entidad, la decisión adoptada en esta instancia, debiendo allegar en el término máximo de 2 días la constancia del cumplimiento a la anterior disposición. Líbrese por secretaria el oficio informando.

COMNIQUESE Y CÚMPLASE

HÉCTOR PUERTO POLANCO
JUEZ