

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander  
**JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE ORALIDAD**  
 Palacio de Justicia OF. 103 C  
 Distrito Judicial de Cúcuta.

**REF. TUTELA RAD. # 54 001 31 60 004 – 2019 00 314 00 (16.292)**

## JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE ORALIDAD

San José de Cúcuta, Julio 16 de 2019.

El Señor **ALEJANDRO MIGUEL ROJAS FRANCO**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 83.310.089, domiciliado en el municipio de los Patios N.S., actuando en nombre propio, presentó acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, con relación **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE NORTE DE SANTANDER; Vinculándose a la GOBERNACIÓN DE NORTE DE SANTANDER** y como terceros con interés a los **INTEGRANTES DE LA LISTA DE ELEGIBLES**, para el empleo de Docente **LIDER DE APOYO ORIENTADOR** del Departamento Norte de Santander, convocatoria 390 y 403 de 2016; la cual reunía los requisitos establecidos por el artículo 14 del decreto 2591 de 1991, reglamentado por el decreto 306 de 1992, y como es el momento del fallo, a ello, se procede.

### 1. SÍNTESIS DE LA PETICIÓN Y SU CONTESTACIÓN.

#### 1.1. FUNDAMENTOS FACTICOS

Los hechos más relevantes manifestados por el actor.

- Que en el año 2016 se apertura la Convocatoria 339-425 de 2016 para Directivos, Docentes y Líderes de Apoyo, la cual busca suplir las necesidades de personal idóneo y capacitado para orientar la educación integral de niños y adolescentes del país.
- Indica, que la convocatoria 403 de 2016 para el municipio de San José de Cúcuta, arrojó como resultado la resolución No. CNSC – 201810014695 del 01-02-2018, la lista de elegibles para el cargo Docente Líder de Apoyo Orientador y entro en vigencia el 12 de marzo del 2018 y vence el 11 de marzo de 2020.
- Expone, que con dicha resolución se realizaron las audiencia presenciales y se ubicaron más de 30 docentes orientadores en diferentes instituciones educativas de la ciudad de Cúcuta; 38 candidatos que no fueron nombrados por falta de plazas disponibles, quedaron en “lista de espera” o “remanentes” para ser llamados en caso que se apertura una plaza durante la vigencia de la misma.
- Refiere que, en presente año la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicitó a todos los entes territoriales el listado de las plazas que no fueron ocupadas en las audiencias presenciales y los listados de remanentes para cada cargo que conforma la convocatoria; con la cual se desprenden dos tipos de listas de elegibles, una departamental y una nacional.

- Menciona, que para los Docentes Orientadores de Norte de Santander, la resolución No. CNSC – 20192310003655 del 23 de enero de 2019, conforme la lista departamental con 38 aspirantes de la convocatoria 403 de 2016 para suplir las plazas disponibles en dicho territorio.
- Indica, que en la lista de elegibles de orden territorial se encuentra en el puesto 12° y en la lista de elegibles de orden nacional en el puesto 225°.
- Que, el 28 de marzo se inició la audiencia virtual departamental solo con dos (2) plazas, Colegio Monseñor Ricardo Trujillo en Cucutilla y el Instituto Agrícola Risaralda del Zulia.
- Formula, que las vacantes de Arquidiocesano San Francisco de Asís del municipio de Pamplona y Técnico Agropecuario Juan Frio del Municipio de Villa del Rosario, están habilitadas por la secretaria y están siendo ocupados con personal de vinculación provisional y en encargo, por tal motivo deben ser puestas a disposición de los candidatos de la lista departamental.
- Expresa, que se enteró que la Institución Educativa Fe y alegría del municipio de los Patios va a quedar disponible para ser ocupada, debido a que el profesional asignado para esta plaza está en proceso de traslado hacia otra institución.
- Igualmente, que las instituciones Educativas Sagrado Corazón de Jesús y Técnico Agrícola del municipio de Gramalote, Institución Educativa Técnico La Garita del municipio de los Patios, Colegio Nuestra Señora de Belén del municipio de Salazar, Institución Educativa el Aserrió del municipio de Teorema, Institución Educativa con Desarrollo Rural La Gabarra, Institución Educativa Horacio Olave del municipio de Tibú y Colegio Guillermo Cote Bautista del municipio de Toledo; se encuentran con la necesidad del servicio de orientación, pero no se han tenido respuesta sobre la asignación de profesional para ocupar el cargo.
- Declara, que la Secretaria de Educación del Departamento Norte de Santander, pretende ocultar las plazas que en la actualidad se encuentran disponibles y las cuales deberían ser ocupadas con la lista de elegibles que se encuentra vigente.

## 1. 2. PRETENSIONES.

- Solicita que se tutelen a su favor los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y principios constitucionales de mérito en el empleo público, principios de objetividad, independencia e imparcialidad, confiabilidad y transparencia.
- Ordenar a la Secretaria de Educación del Departamento Norte de Santander, informe sobre las vacantes definitivas para el cargo de Docente Líder de Apoyo Orientador y/o docente Orientador de Norte de Santander.
- Se convoque a una audiencia departamental con los candidatos que están habilitados en la lista de elegibles territorial, para que se inicie lo más pronto posible el proceso de nombramiento en periodo de prueba, en las plazas y/o vacantes que se encuentren disponibles en el departamento.
- Aclarar de manera expedita la situación respecto a las plazas mencionadas en la presente acción de tutela, con el fin proveer al departamento de docente líder de apoyo orientador.

**1.3. RESPUESTAS DE LAS ACCIONADAS.**

**1.3.1 COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)**

Byron Adolfo Valdivieso, obrando en nombre y Representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, allegó contestación al correo electrónico del juzgado, señalando entre otras que se opone a la solicitud de acción de tutela por las siguientes razones.

Indica, que se convocó a concurso de méritos para proveer vacantes definitivas de directivos docentes, Docentes de Aula y líderes de Apoyo en establecimientos educativos oficiales de la entidad Territorial certificada en educación Municipio de San José de Cúcuta a través de la convocatoria No. 403 de 2016.

Expone, que dentro de la Oferta Pública de Empleados de Carrera – OPEC, se incluyeron 32 vacantes para el cargo de Docente Líder de Apoyo Orientador, empleo para el cual concursó el señor Alejandro Miguel rojas Franco.

Sostiene, que agotadas las etapas de proceso de selección, la CNSC mediante Resolución No. CNSC-20182310014695 del 1º de febrero de 2018, adoptó la lista de elegibles para proveer 32 vacantes de Docente Líder de Apoyo Orientador en instituciones educativas oficiales de la entidad territorial certificada en educación Municipio de San José de Cúcuta, en la cual Alejandro Miguel Rojas Franco ocupa la posición número 52. Una vez cobró firmeza la referida lista de elegibles, el Municipio de San José de Cúcuta ha nombrado en periodo de prueba en estricto orden de mérito hasta el elegible de la posición 40.

De igual manera, expido la Resolución No. CNSC – 20192310004675 del 28 de enero de 2019, modificada por la Res. No. CNSC – 20192310016465 del 18 de marzo de 2019, por medio de la cual conformó la lista general nacional de elegibles de Docente Líder de Apoyo Orientador de todas las entidades certificadas en educación del país, donde el señor Rojas Franco ocupa la posición número 225.

Revela que mediante oficio de fecha 16 de enero de 2019, requirió al Departamento en Norte de Santander, el reporte de la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC- Docente, con el propósito de ser incluida en el marco de las Audiencias Virtuales Departamentales y General Nacional de las Convocatorias Nos. 339 a 425 de 2016.

Enuncia que en respuesta, la Secretaria de Educación Departamental allegó a través del correo electrónico de fecha 13 de marzo de 2019, la información solicitada. Frente al cargo de Docente Líder de Apoyo Orientador, reportaron 2 vacantes que corresponder a las instituciones Educativas Colegio Monseñor Ricardo Trujillo (Municipio de Cucutilla) e Institución Agrícola Risaralda (Municipio El Zulia), las cuales fueron ofertadas y asignadas en la audiencia virtual llevada a cabo entre el 28 de marzo y 1º de abril de 2019.

Pone de presente que el accionante asevera una serie de inexactitudes, por lo cual aclara que, en el marco de las audiencias virtuales departamentales, la CNSC público en la plataforma SIMO la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC –docente, la cual estuvo visible desde el 18 de marzo de 2019, para efectos de hacerla pública a los elegibles y si alguno de ellos tenía conocimiento de una vacante definitiva que no fue reportada,

hiciera la respectiva denuncia y así poder tomar las medidas administrativas a que hubiera lugar.

La CNSC sólo hasta la notificación de la presente acción de tutela, tuvo conocimiento de la denuncia de plazas realizada por el accionante, frente a lo cual, en el marco de sus funciones de vigilancia del Sistema Especial de Carrera Administrativa Docente, el 09 de julio de 2019, efectuó requerimiento a la entidad territorial Norte de Santander.

Asimismo, aclara que las meras necesidades del servicio no pueden ser consideradas vacantes que deban ser previstas mediante el uso de las listas de elegibles producto del concurso.

No obstante, si el Departamento Norte de Santander llegara a contar con vacantes definitivas que no fueron reportadas para las audiencias virtuales, deberá proveerlas conforme al orden de provisión establecido en el artículo 2.4.6.3.9 del Decreto 1075 de 2015, y una vez ofertarán a los elegibles que integran las listas del referido departamento y en caso de que subsistan, se ofertaran en una audiencia nacional

Manifiesta que no tiene razón de ser suspender la audiencia nacional virtual que se llevará a cabo entre el 11 y 15 de julio de 2019, pues son dos procesos totalmente distintos y esto afectaría el derecho al mérito que le asiste a los demás elegibles.

Por último, sobre el particular referido por el accionante de la sentencia bajo radicado 2019-001-10-01, el Tribunal Administrativo de Santander resolvió un caso similar; sostiene que son dos escenarios totalmente distintos en consideración a que en esa oportunidad, el asunto versó en que el Municipio de Piedecuesta no tenía la voluntad de reportar una vacantes definitivas plenamente identificadas para el cargo de Docente Orientador para ser previstas mediante la lista de elegibles departamental de Docente Líder de Apoyo Orientador. En cambio en esta oportunidad, el accionante presenta sólo con el escrito de tutela una denuncia de plazas para efectos de determinar si algunas vacantes se encuentran en vacancia definitivas para ser ofertadas en una posterior audiencia virtual departamental, pidiendo acudir a instancias administrativas.

Por lo anterior, solicita que se niegue las pretensiones del accionante. De igual forma, se declare la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil (Fol. 21 al 59)

### **1.3.3 SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y LA GOBERNACION DE NORTE DE SANTANDER**

Vencido el termino otorgado al requerimiento mediante los oficios 2354 y 2356 (Fol. 17 y 19), guardaron silencio.

### **1.3.4 LISTA DE ELEGIBLES PARA EL EMPLEO DE LA OPEC No. 30312, convocatoria 426 de 2016 –E.S.E.**

Guardaron silencio, a la notificación surtida a través de la página web de la CNSC

(Respaldo del Fol. 69).

#### 1.4. MEDIOS PROBATORIOS.

- ❖ Escrito de tutela – Fol. 1 al 7.
- ❖ Copia resolución No. CNSC – 20192310003655 del 23-01-2019 – Fol. 8 al 11.

### 2. FUNDAMENTOS LEGALES

#### 2.1. DE LA COMPETENCIA

Este Juzgado es competente para tramitar y decidir el presente asunto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y en el artículo 1º del Decreto 2591 de 1901, que consagran el derecho que le asiste a toda persona de reclamar ante los jueces, la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

De la misma manera se encuentra que la tutela fue repartida de conformidad con lo establecido en el Decreto 1983 de 2017 por el cual se modifica el Decreto 1069 de 2015 “Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela”, que señala la competencia de éste Despacho en las acciones instauradas contra cualquier organismo o entidad pública del orden nacional.

#### 2. 2. DETERMINACIÓN DEL DERECHO TUTELADO.

Según el artículo 2 del Decreto 306 de 1991, que reglamentó el Decreto 2591 de 1991, “... la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales y por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualesquiera otra norma de rango inferior.”

De manera taxativa esos derechos se encuentran establecidos en el Título II, Capítulo I, Artículos 11 al 41 de la Constitución Nacional, sin olvidar que hay algunos que no están incluidos en dichas normas, pero también tienen esa categoría.

#### 2.3. PRECISIÓN EN QUE CONSISTE LA VIOLACIÓN O AMENAZA A LOS HECHOS DEL ASUNTO QUE NOS OCUPA,

La Constitución Política de 1991 consagró en su artículo 86, la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, cuyo fin es el de ofrecer a las personas un inmediato amparo a los derechos constitucionales de carácter fundamental, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en los casos expresamente señalados por la ley, cuando no existe otro medio de defensa judicial o existiendo, se invoque como medio transitorio, frente a lo cual deben concurrir, dos presupuestos: (i) **que esté en inminencia de causarse un perjuicio irremediable** y (ii) **que tal perjuicio tenga como causa eficiente una acción u omisión de una autoridad pública que vulnere o ponga en peligro derechos**

### ***fundamentales.***

Uno de los requisitos de la acción de tutela es la legitimidad, art. 10 del decreto 2591 de 1991, reglamentado por el Decreto 306 de 1992, de lo cual se desprenda que la acción de tutela sólo puede ser ejercida por la persona afectada, bien en forma directa o por apoderado, para la protección de sus derechos fundamentales.

Cuando la persona no ejerce en forma directa la acción, puede ser representada por otra, a través de la representación legal, o en desarrollo de la agencia oficiosa. En este caso se ejerce la acción en nombre propio.

#### **2.3.1 Problema Jurídico.**

Para el caso en estudio corresponde al Despacho analizar si la entidades accionadas han vulnerada a la señora Diana Milena Martínez Pedraza los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada por ser cabeza de familia, al mínimo vital, al debido proceso y al acceso a cargos públicos, quien se encontraba nombrada en provisionalidad, al desvincularla del cargo que ocupaba en la E.S.E. IMSALUD para darle prelación a quien ingresa por carrera.

#### **2.3.2 Desarrollo de la problemática planteada.**

Para tema en estudio, el Despacho reiterará la Jurisprudencia Constitucional respecto: (i) Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos, (ii) El derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos: la convocatoria como ley del concurso, por último, se resolverá el caso concreto.

#### **I. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos.**

En múltiples oportunidades la Alta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, 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 el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto<sup>1</sup>. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

En este orden de ideas, se ha concluido que en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez

<sup>1</sup> Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-368 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-244 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-800A de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto.

En concreto, si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado, máxime cuando se trata de acciones contenciosas administrativas en las cuales se puede solicitar como cautela la suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño.

## **II. El derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos: la convocatoria como ley del concurso.**

Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional<sup>2</sup> ha reconocido que el concurso público es una forma de acceder a los cargos de la administración, constituyéndose el mérito en un principio a través del cual se accede a la función pública, por ello, se acude a este sistema a fin de garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para desempeñar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera. Precisamente, el criterio del mérito debe ser tenido en cuenta al momento de hacer la designación de un cargo en todos los órganos y entidades del Estado, tal como lo consideró en su oportunidad la sentencia SU-086 de 1999, utilizando las siguientes palabras:

*“La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.”*

En este orden de ideas, el concurso público es el mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.

<sup>2</sup> Al respecto se pueden consultar las sentencias C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior)<sup>3</sup>.

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso<sup>4</sup>.

Del aparte jurisprudencial concluye el Despacho que aun cuando el actor dispone de otros mecanismos de defensa judicial ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Despacho abordará el estudio del caso, a fin de determinar si hay lugar a conceder el amparo solicitado.

### 3. Caso concreto.

La presente acción de tutela fue instaurada por Alejandro Miguel Rojas Franco, actuando en nombre propio, pretendiendo que le sean amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

Conforme se avizora en el expediente tutelar y lo manifestado la CNSC, el accionante se inscribió en la convocatoria 339-425 de 2016, concurso abierto de méritos para proveer vacantes definitivas de Directivos Docentes, Docentes Aula y Líderes de Apoyo en Establecimientos Educativos oficiales de la Entidad Territorial, concursando para el empleo de Docente Líder de Apoyo Orientador del Departamento de Norte de Santander y municipio de San José de Cúcuta.

Agotadas las etapas del proceso de selección, la CNSC mediante Resolución No. CNSC –

<sup>3</sup> En sentencia T-514 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte señaló que *“el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician con el objeto de cumplir una obligación o de ejercer un derecho ante la administración, como es el caso del acceso a los cargos públicos”*.

<sup>4</sup> De acuerdo con la sentencia C-040 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz), reiterada en la sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), las etapas que en general deben surtir para acceder a cualquier cargo de carrera y que, por consiguiente, deben estar consignadas en el acto administrativo de convocatoria, son: *“(i) La convocatoria: Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. y (iv) elaboración de lista de elegibles: En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido”*. (Negrillas del texto original).

20182310014695 del 1º de febrero de 2018, adoptó la lista de elegibles para proveer 32 vacantes de Docente Líder de Apoyo Orientador en instituciones educativas oficiales de la entidad territorial certificada en educación Municipio de San José de Cúcuta, en la cual el accionante ocupa la posición número. 52.

De igual forma, mediante resolución No. CNSC – 20192310003655 del 23-01-2019, conforme la lista departamental de elegibles para el empleo de docente Líder de Apoyo Orientar del Departamento de Norte de Santander, esto es Municipio de San José de Cúcuta y Departamento Norte de Santander en la cual el señor Alejandro Miguel Rojas Franco ocupa la posición número 12.

Asimismo, expidió la Resolución No. CNSC – 20192310004675 del 28 de enero de 2019, modificada por la Res. No. CNSC – 20192310016465 del 18 de marzo de 2019, por medio de la cual conformó la lista general nacional de elegibles de Docente Líder de Apoyo Orientador de todas las entidades certificadas en educación del país, donde el señor Rojas Franco ocupa la posición número 225.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado la subsidiariedad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Así, la Sentencia T-432 de 2002<sup>5</sup> señaló que el juez debe verificar si existen otros mecanismos de defensa encaminados a la protección del derecho presuntamente vulnerado. La providencia dijo: “Así las cosas, cuando el juez de tutela deba decidir en relación con la vulneración o amenaza de un derecho fundamental habrá de verificar si existe o no otro medio de defensa judicial ante el cual pueda ventilarse el conflicto.”.

Primero de todo, se debe destacarse es lo dicho en otras oportunidades por la Corte sobre la improcedencia de la acción de tutela cuando con ella se busca dejar sin efectos una actuación administrativa como la que dispuso el retiro de la querellante en razón de la vinculación de quien accedió al cargo por concurso público.

Y es que las inconformidades que se deriven de este tipo de situaciones, deben ventilarse al interior de un proceso contencioso administrativo, dada la naturaleza de la aspiración que se plantea; en ese sentido, la Corte consecuentemente, cuando se exponen en sede constitucional pretensiones de ése talante ha dicho:

*“La acción de tutela es un mecanismo extraordinario, instituido para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que se derive de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la ley, sin que pueda erigirse en una vía sustitutiva o alternativa de los medios ordinarios de defensa que el ordenamiento jurídico ha consagrado para salvaguardarlos, a menos que estos se tornen ineficaces y el amparo sea utilizado como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irreparable.”*

*Análogamente y en consonancia con la regla anterior, se ha predicado también que esta acción constitucional no procede, en principio, contra actos de carácter*

---

<sup>5</sup> M.P. Jaime Córdoba Triviño

*general, impersonal y abstracto, al igual que contra actos administrativos de carácter particular y concreto, habida cuenta que su control de legalidad está atribuido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de las acciones pertinentes”<sup>6</sup>*

Por otra parte, el Constituyente de 1991 al repensar el sistema de carrera administrativa para la provisión de los empleos públicos en Colombia, buscó privilegiar el mérito para contar con servidores públicos cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen mejores índices de resultados, al punto que colaboren con el desarrollo económico del país<sup>7</sup>. Así mismo, al implementar el sistema de mérito, apuntó a garantizar la igualdad de oportunidades entre los participantes para que se cumpla la selección de forma objetiva y, de esta forma, se consoliden la democracia y los principios de la función pública en el marco de un Estado social de derecho.

Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional<sup>8</sup> ha reconocido que el concurso público es una forma de acceder a los cargos de la administración, constituyéndose el mérito en un principio a través del cual se accede a la función pública, por ello, se acude a este sistema a fin de garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para desempeñar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera. Precisamente, el criterio del mérito debe ser tenido en cuenta al momento de hacer la designación de un cargo en todos los órganos y entidades del Estado, tal como lo consideró en su oportunidad la sentencia SU-086 de 1999, utilizando las siguientes palabras:

*“La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales.”*

<sup>6</sup> CSJ STC, 5 oct. 2010, Rad. 00087-01, citada, entre otras, en STC16437-2015, STC726-2016 y STC12203-2016

<sup>7</sup> Sobre el punto, la Sala Plena de esta Corporación en sentencia SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), señaló que *“(...) el Constituyente de 1991 reafirmó la importancia de la carrera administrativa y el mérito como principal forma de provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el Legislador. // Ligado a ello, la Carta Política introdujo profundos cambios en materia de derechos fundamentales y en la estructura del Estado, los cuales han conducido a repensar por completo la caracterización y conceptualización de los sistemas de carrera para la provisión de empleos públicos en Colombia. No se trata, como antaño, de un simple problema de reparto del denominado “botín burocrático” entre los distintos partidos y movimientos políticos en el marco de un sistema presidencial fuerte, sino de diseñar e implementar sistemas de carrera administrativa con perspectiva de derechos fundamentales, teniendo en cuenta los retos que debe asumir el Estado de cara a la globalización económica. // A decir verdad, el desarrollo económico de un país depende, entre otras variables, de la calidad del talento humano de la burocracia, es decir, de la capacidad de contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades que les han sido confiadas. // De la misma forma, es necesario reconocer que la implementación de un sistema de burocracia basado en el mérito y la igualdad de oportunidades contribuye a la consolidación de la democracia en el marco de un Estado social de derecho, como lo demuestran experiencias comparadas relativamente recientes”.*

<sup>8</sup> Al respecto se pueden consultar las sentencias C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

En este orden de ideas, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior)<sup>9</sup>.

Para el caso objeto de estudio, en cuanto a la Comisión Nacional del Servicio Civil, observa el Despacho que no han vulnerado los derechos invocados por el actor, porque de acuerdo a la ley, como lo manifestó en sus descargos, tiene facultades legales para convocar a concurso y seleccionar a los aspirantes, cuando cumplan con los requisitos para ser admitidos, para proveer los cargos vacantes de la administración, previa convocatoria reglamentada por los decretos correspondientes y dentro de ese mismo concepto del debido proceso.

Al contrario, si observa el Despacho que se encuentre vulnerado el derecho al debido proceso e igualdad por parte de las accionadas Gobernación de Norte de Santander y Secretaria de Educación de Norte de Santander, ya que, en primera medida las anteriores entidades guardaron silencio a lo manifestado por el actor y así mismo al requerimiento hecho por este juzgado, y en segundo lugar, no se conoce la respuesta a la solicitud hecha por la CNSC a las accionadas mediante radicado No. 20192310358251 de fecha 09-07-2019 , es decir, si las vacantes de docente Líder de Apoyo Orientador para la I.E. Arquidiocesano San Francisco de Asís del Municipio de Pamplona, I.E. Técnico Agropecuario Juan Frio del Municipio de Villa del Rosario; I.E. Fe y Alegría e I.E. Técnico la Garita del municipio de los Patios, I.E. Sagrado Corazón de Jesús y Técnico Agrícola del municipio de Gramalote, Colegio Nuestra Señora de Belén del municipio de Salazar, I.E. El Aserrío del municipio de Teorema, I.E. con Desarrollo Rural La Gabarra, Institución Educativa Horacio Olave del municipio de Tibú y Colegio Guillermo Cote Bautista del municipio de Toledo, se encuentran en vacancia definitiva y están provistas mediante nombramientos en provisionalidad, las cuales en el marco de la convocatorias No. 339 a 425 de 2016, no fueron reportadas por efectos de realizar las audiencias virtuales departamentales y general nacional, manifestado por la CNSC y, así mismo, a lo establecido en el artículo 15 del decreto Ley 1278 de 2002, no se podrá proveer mediante nombramiento provisional o por encargo un empleado de directivo docente o docente vacante de manera definitiva, cuando existiera listado de elegibles vigente para el cargo correspondiente, como existe para el presente caso.

En consecuencia, se ordenará a la Gobernación del Norte de Santander y la Secretaria de Educación de Norte de Santander, que en término de cuarenta y ocho (48) horas, proceda a pronunciarse si las vacantes mencionadas para el cargo de docente Líder de Apoyo Orientador, se encuentran en vacancia definitiva y están provistas mediante

<sup>9</sup> En sentencia T-514 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte señaló que “el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician con el objeto de cumplir una obligación o de ejercer un derecho ante la administración, como es el caso del acceso a los cargos públicos”.

nombramientos en provisionalidad.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE SAN JOSE DE CUCUTA, NORTE DE SANTANDER, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Tutelar el derecho al debido proceso e igualdad invocado por el señor Alejandro Miguel Rojas Franco, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Ordenar a la Gobernación del Norte de Santander y la Secretaria de Educación de Norte de Santander, que en término de cuarenta y ocho (48) horas, proceda a pronunciarse si las vacantes para el cargo de docente Líder de Apoyo Orientador para la I.E. Arquidiocesano San Francisco de Asís del Municipio de Pamplona, I.E. Técnico Agropecuario Juan Frio del Municipio de Villa del Rosario; I.E. Fe y Alegría e I.E. Técnico la Garita del municipio de los Patios, I.E. Sagrado Corazón de Jesús y Técnico Agrícola del municipio de Gramalote, Colegio Nuestra Señora de Belén del municipio de Salazar, I.E. El Aserrió del municipio de Teorema, I.E. con Desarrollo Rural La Gabarra, Institución Educativa Horacio Olave del municipio de Tibú y Colegio Guillermo Cote Bautista del municipio de Toledo, se encuentran en vacancia definitiva y están provistas mediante nombramientos en provisionalidad

**TERCERO:** Notificar este fallo a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO:** Ordenar a la Comisión Nacional de Servicio Civil -CNSC, Notificar de ésta decisión a los integrantes de la lista departamental elegibles para el empleo de docente líder de apoyo Orientador del Departamento de Norte de Santander, en el marco de la Convocatoria 4390 y 403 de 2016 de 2016, a través de su página web.

**QUINTO:** Remitir el fallo a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, en caso de no interponerse contra el mismo el recurso de impugnación.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

**JUEZ:**



**SHIRLEY MAYERLY BARRETO MOGOLLÓN**

