

**Sentencia T-507/10**  
(Junio 17; Bogotá D.C.)

**ACCION DE TUTELA TEMERARIA**-Reiteración de jurisprudencia

**ACCION DE TUTELA TEMERARIA**-Para que se configure temeridad debe evidenciarse la mala fe en el actuar del peticionario

*Al respecto, considera la Sala que si bien las dos actuaciones judiciales previas tienen identidad de sujetos y de pretensiones con la que se debate actualmente; también observa, que no existe mala fe en el actuar de la demandante. En efecto, la accionante, argumenta que entre las acciones de tutela anteriormente reseñadas y la actual aconteció “el nombramiento de la docente, con acta de posesión quien es nombrada en propiedad sin concurso se encuentra laborando en la Institución Educativa Altos del Rosario”. Si bien este hecho no cambia radicalmente la condición jurídica y fáctica de la accionante, se puede evidenciar que con su actuar, no intenta defraudar la prohibición constitucional y legal estudiada en este numeral, sino que en su sentir, el nombramiento de una persona que se encuentra en su misma posición, vulnera su derecho a la igualdad. Siendo esto así, la Sala determina que no existe mala fe en el actuar y, por tanto, no se presenta temeridad en la presentación de la actual acción de tutela.*

**CONCURSO DE MERITOS**-Reiteración de jurisprudencia

**PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL MERITO**-Garantiza que la función administrativa se desarrolle con fundamento en los principios constitucionales de igualdad, moralidad y eficacia

**ETNOEDUCACION**-Caso en que no se efectúa nombramiento en carrera administrativa de etnoeducadora por no existir reglamentación respecto al concurso para proveer cargos de docentes en comunidades indígenas

**CONCURSO PUBLICO Y DOCENTES DE COMUNIDADES INDIGENAS**-Análisis constitucional sobre regulación de concurso docente en comunidades indígenas

**CARRERA ADMINISTRATIVA**-Estabilidad intermedia respecto a los funcionarios en provisionalidad

**ACCION DE TUTELA**-Improcedencia por cuanto el ocupar un cargo en calidad de provisionalidad no vulnera derechos fundamentales

**ACCION DE TUTELA**-Improcedencia por cuanto no se puede hacer nombramientos en propiedad en carrera administrativa sin concurso público

Referencia: Expediente T-2.531.615

Accionante: Olivia Orlina Oyola Petro.

Accionado: Alcaldía Municipal de Sincelejo.

Fallo objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Sincelejo del veintiuno (21) de octubre de dos mil nueve (2009) que revoca un fallo del Juzgado Tercero Civil Municipal de Sincelejo del quince (15) de septiembre de dos mil nueve (2009).

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Demanda y pretensión

#### 1.1 Elementos de la demanda

- **Derechos fundamentales invocados:** igualdad, trabajo y mínimo vital.
- **Conducta que causa la vulneración:** la negativa de la Alcaldía Municipal de Sincelejo a nombrar en carrera administrativa docente a una profesora indígena que se encuentra como provisional, con el argumento de que no existe concurso público de méritos.
- **Pretensión:** la accionante solicita que la Corte ordene que se le nombre como etnoeducadora en carrera administrativa a pesar de que no se ha realizado un concurso para proveer el cargo.

#### 1.2. Fundamento de la pretensión.

La señora Olivia Orlina Oyala Petro fundamenta su pretensión en los siguientes hechos y medios de prueba:

1.2.1. La accionante es miembro del Resguardo Indígena Zenú San Andrés de Sotavento<sup>1</sup>.

1.2.2. La demandante está vinculada al Instituto Educativo Cerro de Palma de Sincelejo- Sucre (zona rural). Inició su actividad laboral bajo una orden de prestación de servicios, desde el 16 de febrero de 2000, hasta el 30 de agosto de 2003. Posteriormente, fue nombrada como profesora en provisionalidad desde el 1º de septiembre del 2003, tomando posesión el 23 de septiembre del

---

<sup>1</sup> Esto consta en el folio 12 del cuaderno 1 del expediente.

mismo año<sup>2</sup>. La institución en mención se encuentra “*certificada por el Ministerio de Educación Nacional dentro de la jurisdicción Indígena*”<sup>3</sup>.

1.2.3. La peticionaria es licenciada en Educación Básica con énfasis en Educación Física, Recreación y Deportes de la Universidad de Pamplona en 1999. Igualmente, se encuentra acreditada como etnoeducadora.

1.2.3. El Gobernador Indígena Zenú de Sucre certificó que la accionante y otras docentes, “*se encuentran inscritas en el censo poblacional comunitario de nuestra parcialidad, participando activamente dentro del mismo y conservando su integridad cultural y social; fueron seleccionadas como docentes ante la Asamblea General del Consejo de Mayores para que laboren en la Institución Educativa Técnico Agropecuario Cerrito de la Palma*”<sup>4</sup>. El objetivo de estos nombramientos es que las profesoras contribuyeran a atender los niños y jóvenes de la etnia Zenú.

1.2.4. Pese a esta designación, la administración municipal se ha negado a realizar los nombramientos en carrera administrativa.

1.2.5. La accionante sostiene que ha realizado múltiples solicitudes a la administración municipal y que no ha obtenido una respuesta afirmativa a sus pretensiones.

1.2.6. Igualmente, argumenta que se han hecho varios nombramientos en carrera, lo cual viola su derecho a la igualdad. Señala que se encuentra exactamente en las mismas condiciones que los profesores nombrados y que, por tanto, no resulta comprensible que ante situaciones iguales se produzca un tratamiento desigual. Al respecto, sostiene que “*pasa el tiempo y los sucesivos nombramientos por fallos judiciales en las plazas indígenas*”<sup>5</sup>. Como ejemplos, ofrece el de Holmes Augusto Gómez Palencia, quien fue nombrado<sup>6</sup> como docente en “*propiedad en la Institución educativa Cerro Naranjo de Sincelejo, dando Cumplimiento a la ley 115 de 1994 y al decreto 804 de 1995. SIN CONCURSO (SIC)*”<sup>7</sup> Así mismo, se han presentado los nombramientos “*de la docente MARÍA CLARA MERLANO GARRIDO, con Acta de Posesión No 1960 quien es nombrada en propiedad sin concurso y se encuentra laborando en la Institución educativa Altos del Rosario (...) Mediante decreto 193 de 2000 en donde se nombra a diez docentes sin concurso y en el artículo 3 nombran en propiedad al docente OSMAR RAMIREZ MENCO quien es Rector del Centro educativo Rural de Buenavista*” (Sic)<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> Ver. Folio 17 del cuaderno 1 del expediente.

<sup>3</sup> Esto consta en el folio 1 del cuaderno 1 del expediente.

<sup>4</sup> Ver. Folio 12 del cuaderno 1 del expediente.

<sup>5</sup> Ver. Folio 1 del cuaderno 1 del expediente.

<sup>6</sup> Ver. Folio 5 y 6 del cuaderno 1 del expediente.

<sup>7</sup> Ver. Folio 1 del cuaderno 1 del expediente.

<sup>8</sup> Ver folio 2 del cuaderno 1 del expediente.

1.2.7. En palabras de la demandante, de continuar *“estos nombramientos de amigos de la administración y por cumplimiento de fallos judiciales, quedaré por fuera de la administración municipal y lógicamente sin trabajo para devengar el sustento de mi familia (...) además se verían suspendidos los estudios de mis hijos y lógicamente se afectará la estabilidad del núcleo familiar”*<sup>9</sup>.

1.2.8. Señala, que su nombramiento debe darse sin concurso pues la Sentencia C-208/07 declaró que al no existir una regulación específica para concursos de carrera de educadores indígenas, las normas de los *“grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y sus respectivos decretos reglamentarios”*<sup>10</sup>. En consecuencia, la normatividad aplicable es la Ley 115 de 1994 y el Decreto 804 de 1995 en los cuales no se establece ningún concurso, de tal suerte, que los nombramientos de etnoeducadores deben hacerse simplemente con el concepto previo de las autoridades indígenas.

## **2. Respuesta de la entidad accionada**

La Alcaldía Municipal de Sincelejo contestó la demanda en los siguientes términos:

2.1. La señora Olivia Oyola Petro se encuentra vinculada como docente en la Institución Educativa Cerrito de Palma.

2.2. Afirma, que no ha procedido a realizar el nombramiento de la demandante por cuanto no se ha realizado un concurso de méritos que le permita proveer los cargos docentes de manera definitiva. El concurso no se ha adelantado, por cuanto la normatividad vigente no precisa los términos en que debe hacerse el concurso de etnoeducadores indígenas. En consecuencia, la administración municipal no puede hacer un concurso de méritos, pero tampoco puede proveer los cargos de manera definitiva, por interpretar que la sentencia C-588/09 determinó que *“el establecimiento de la carrera administrativa como óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos y, así mismo, el criterio de mérito y el concurso público que guían el sistema general de carrera, como también los sistemas especiales constitucionalmente establecidos y los específicos de creación constitucional”*. De tal suerte, que considera que no puede proveer los mencionados cargos sin un concurso de méritos.

2.3. Sostiene que los nombramientos de docentes de manera definitiva a los cuales se refiere la accionante han sido fruto de órdenes judiciales, y que la Alcaldía de Sincelejo, *“NUNCA ha nombrado en propiedad unilateralmente docentes etnoeducadores, sólo se harán cuando se efectuó el respectivo*

---

<sup>9</sup> Ver folio 2 del cuaderno 1 del expediente.

<sup>10</sup> Ver folio 2 del cuaderno 1 del expediente

*concurso abierto de méritos*”<sup>11</sup> También afirma que existen muchos otros fallos judiciales en los cuales se han negado las peticiones de amparo.

2.4. Finalmente, señala la entidad que la accionante había presentado en dos ocasiones anteriores acciones de tutela por los mismos hechos, con las mismas peticiones, contra la misma entidad, por tanto, solicita que se declare la temeridad de la actuación.

**3. Fallo objeto de la revisión:** Sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Sincelejo del veintiuno (21) de octubre de dos mil nueve (2009) que revoca un fallo del Juzgado Tercero Civil Municipal de Sincelejo del quince (15) de septiembre de dos mil nueve (2009).

### **3.1 Decisión de tutela en primera instancia:**

El juez de instancia negó la protección por vía de tutela al considerar que para que se produzca el nombramiento solicitado debe darse en un concurso público de méritos y la accionante debe “*superarlo, ser nombrada en período de prueba y obtener una buena calificación*”. Adicionalmente, consideró que la accionante no sufría ningún perjuicio real con la decisión de la Alcaldía y, por tanto, no se le vulneraba ningún derecho.

### **3.2 Impugnación de la sentencia de primera instancia.**

El 21 de septiembre de 2009 la accionante impugnó el fallo de primera instancia sin que se registre los motivos de su inconformidad.

### **3.3 Sentencia de segunda instancia.**

El juez de segunda instancia revocó el fallo anterior al considerar que a la accionante se le violó su derecho a la igualdad, al evidenciar que en casos similares se habían nombrado en ‘propiedad’ varios docentes. Por tanto, se había brindado trato desigual a personas que se encontraban en las mismas condiciones

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 26 de febrero de 2010 de la Sala de Selección de Tutela Número Dos de la Corte Constitucional.

### **2. Cuestión de constitucionalidad**

---

<sup>11</sup> Ver folio 22 del cuaderno 1 del expediente.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si vulnera el derecho a la igualdad, al trabajo y al mínimo vital la negativa de una entidad de nombrar en carrera administrativa a una docente indígena que se encuentra en calidad de provisional con el argumento de que no existe concurso público de méritos.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en torno a (i) la temeridad en la acción de tutela, (ii) el concurso público de méritos y (iii) la calidad de provisional en los cargos públicos.

### **3. Temeridad para presentar acciones de tutela. Reiteración jurisprudencial.**

**3.1.1.** El artículo 38 del decreto 1991 respecto a la temeridad señala que: *“Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”*.

En desarrollo de esta normatividad, la Corte ha reiterado en abundante jurisprudencia<sup>12</sup> que no se puede pasar *“por alto aquellas situaciones que contribuyan al abuso desmesurado y al desbordamiento de la tutela para el ejercicio indebido de la misma por parte de quienes con propósitos distintos a la eficaz protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas la utilizan para fines lucrativos o para obtener pronunciamientos inadecuados, cuando existen otros medios idóneos de defensa judiciales. En estos eventos se deberán aplicar las sanciones previstas en la ley a quienes actúen contrariando los principios que encarnan dicha institución, obrando con temeridad o mala fé. Solo así podrá garantizarse la eficacia de la acción de tutela y su naturaleza excepcional y extraordinaria”*<sup>13</sup>.

De tal suerte, que no resulta procedente, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, tramitar una acción de tutela cuando se constata la existencia de un intento previo y, en los dos procesos, coinciden unas mismas partes, una misma solicitud y unas mismas razones<sup>14</sup>. Adicionalmente,

---

<sup>12</sup> Al respecto se puede consultar entre muchas otras: T-883/00, T-502/03, T-583/06, T-939/06, T-981/06, T-242/08, T-1103/08, T-1204/08, T-1233/08, T-759/08, T-560/09.

<sup>13</sup> T-080/98.

<sup>14</sup> Ver sentencia T-433/06 “Desde el punto de vista de los supuestos que el juez constitucional debe verificar para declarar la configuración de la temeridad, han de tenerse en cuenta tres requisitos determinantes. (i) Que exista identidad en los procesos, lo cual significa que el proceso fallado con antelación y el proceso propuesto al juez tienen una “triple identidad”, esto es, en ambos se identifican las mismas partes, la misma solicitud y las mismas razones de dicha solicitud. (ii) Que el caso no sea un caso excepcional explícitamente determinado por la ley y/o la jurisprudencia, como uno que no configura temeridad. Esto es, casos frente a los cuales se ha autorizado la procedencia del proceso propuesto a pesar del fallo anterior con el cual guarda identidad. Y (iii) que de presentarse una demanda de tutela que pretenda ser distinta a una anterior con la que guarda identidad, a partir de una argumentación diferente, se demuestre por parte del juez que el proceso propuesto y la tutela anterior se reducen a unas mismas partes, una misma solicitud y unas mismas razones”. Igualmente entre otras se pueden consultar entre otras: T-919/03 y T-184/04

para que el juez constitucional pueda declarar la existencia de temeridad debe evidenciarse la mala fe en el actuar del peticionario, esto es, que debe probarse una *“actitud torticera, que ‘delata un propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa’, que expresa un abuso del derecho porque ‘deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaure la acción’, o, finalmente que constituye “un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia”<sup>15</sup>.*

En suma, si el juez constitucional encuentra que en el caso bajo estudio existe temeridad deberá declarar improcedente la acción de tutela.

3.1.2. En el asunto que nos ocupa, se observa que con anterioridad la accionante había solicitado el amparo constitucional en dos ocasiones, a saber: (i) en el mes de junio de 2008 solicitó ante el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Sincelejo que *“a través de nombramiento en propiedad sea vinculada como docente etnoeducadora a la administración municipal de Sincelejo y se de cumplimiento así al Derecho de igualdad invocado en esta etapa”*. (ii) Posteriormente, la demandante, interpuso en el mes de julio de 2009 ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo acción de tutela contra del Municipio de Sincelejo y el Ministerio de Educación. La petición giró en torno a que *“a través de nombramiento en propiedad sea vinculada como docente etnoeducadora a la administración Municipal”*. Frente a estos hechos, la Alcaldía Municipal de Sincelejo, solicita que se declare la temeridad de la accionante, en la presente acción de tutela.

Al respecto, considera la Sala que si bien las dos actuaciones judiciales previas tienen identidad de sujetos y de pretensiones con la que se debate actualmente; también observa, que no existe mala fe en el actuar de la demandante. En efecto, la accionante, argumenta que entre las acciones de tutela anteriormente reseñadas y la actual aconteció *“el nombramiento de la docente María Clara Mercado Garrido, con acta de posesión No 1960 quien es nombrada en propiedad sin concurso se encuentra laborando en la Institución Educativa Altos del Rosario”*. Si bien este hecho no cambia radicalmente la condición jurídica y fáctica de la accionante, se puede evidenciar que con su actuar, no intenta defraudar la prohibición constitucional y legal estudiada en este numeral, sino que en su sentir, el nombramiento de una persona que se encuentra en su misma posición, vulnera su derecho a la igualdad. Siendo esto así, la Sala determina que no existe mala fe en el actuar de Olivia Oyola Petro y, por tanto, no se presenta temeridad en la presentación de la actual acción de tutela.

### **3.2. Los concursos públicos de méritos. Reiteración Constitucional.**

3.2.1. La Corte ha entendido que la carrera administrativa es un mecanismo eficaz para lograr el cumplimiento de los fines del Estado<sup>16</sup>, en cuanto

---

<sup>15</sup> Ver T- 149/95 y T-433/06.

<sup>16</sup> Esto lo ha derivado del artículo 125.

favorece a darle a este *“una organización adecuada que le permita alcanzarlos, con un recurso humano que no sólo sea calificado sino que pueda desarrollar su función en el largo plazo, es decir, con vocación de perdurabilidad”*<sup>17</sup>.

3.2.2. La regla general en la carrera administrativa es que el criterio de acceso, ascenso y permanencia es el mérito de los candidatos<sup>18</sup>. Así lo establece la Constitución Política en el artículo 125: *“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 calidades de los aspirantes”*<sup>19</sup>. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que la carrera administrativa se rige por principios generales que están enfocados a *“la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público”*<sup>20</sup>.

Al respecto la Corte ha entendido que *“[e]l mérito como fundamento del ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, no solo se ajusta a los principios y valores constitucionales, sino que al encaminarse al logro de los fines consagrados en el artículo 209 Superior, propende por la supresión de los factores subjetivos en la designación de servidores públicos y la eliminación de prácticas anti-modernas como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo”*<sup>21</sup>. El principio de mérito garantiza que la función administrativa se desarrolle con fundamento en los principios constitucionales de igualdad, moralidad y eficacia.

3.2.3. Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que el mérito se encuentra estrechamente ligado al concurso público, pues este permite que la selección sea objetiva y obedezca a criterios claros y uniformes para el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro en carrera administrativa<sup>22</sup>. Debe entenderse, entonces, que por regla general la forma de garantizar el criterio básico del mérito en la carrera administrativa es que la selección de los funcionarios se produzca por medio de un concurso público. Así pues, el proceso de selección debe estar dirigido a verificar las calidades académicas, los conocimientos, la experiencia y las competencias de los aspirantes y así determinar objetivamente los más aptos para desempeñar los empleos del Estado<sup>23</sup>. *“El concurso es así 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 las*

---

<sup>17</sup> Ver C-954/01.

<sup>18</sup> Ver. C-588/09 *“De conformidad con la interpretación que de las disposiciones superiores ha realizado la Corte Constitucional, la carrera administrativa ‘se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público’, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde”*.

<sup>19</sup> Al respecto se pueden consultar C-349/04 y 588/09.

<sup>20</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>21</sup> Ver C-901/08.

<sup>22</sup> Ver C-901/08.

<sup>23</sup> Ver C-349/04 y C-588/09.



*responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador en lugar del mérito*”<sup>24</sup>.

3.2.4. El concurso busca desterrar de las prácticas públicas la selección de funcionarios con base en criterios “*subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante*”<sup>25</sup>.

3.2.5. Adicionalmente, el concurso público permite que se hagan realidad principios de eficiencia y eficacia para el desarrollo de la función pública y que la planta de personal de las entidades del Estado esté adecuadamente capacitada para el ejercicio de su función y, así, preste sus servicios conforme los requerimientos del interés general.

3.2.6. En suma, para la jurisprudencia constitucional, todos los empleos de carrera administrativa para acceder, ascender y permanecer están sujetos al principio del mérito. Así mismo, el mecanismo para garantizar que el mencionado principio es la realización de un concurso público que permita evaluar las calidades académicas, los conocimientos, la experiencia y las competencias de los aspirantes.

### **3.3. El concurso público en las comunidades indígenas.**

3.3.1. Este principio tiene algunos matices cuando se trata de cargos de docentes para comunidades indígenas. Si bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que para proveer los cargos de etnoeducadores de las comunidades indígenas deben observarse las costumbres, lenguas y creencias de las comunidades, también ha resaltado que “[a]un cuando las comunidades indígenas, en virtud de los derechos a la identidad cultural y educativa, son titulares de un tratamiento especial en relación con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes estatales, ello no desvirtúa su sometimiento a las normas constitucionales sobre las formas de acceso, permanencia y retiro de la función pública”<sup>26</sup>

3.3.2. Por otra parte, si para proveer cargos docentes y directivos docentes destinados a educar población indígena, se abriera un concurso público convencional, podrían acceder a los mencionados cargos personas que, incluso, no tengan un conocimiento particular de la lengua y la cultura de la comunidad. Esta circunstancia afectaría la premisa en virtud de la cual los docentes de estas comunidades deben ser, en lo posible, miembros de las mismas y, sobre todo, “*conocedores de sus lenguas, dialectos, culturas, cosmogonías, cosmovisiones, usos, costumbres y creencias propias, conforme*

---

<sup>24</sup> Ver C-588/09.

<sup>25</sup> Ver C-211/07.

<sup>26</sup> Ver C-208/07

*lo exigen la Constitución Política, la Convención 169 de la O.I.T., incorporada al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991, e incluso la propia Ley General de Educación*”<sup>27</sup>. Por tal motivo, en la sentencia C-208 de 2007<sup>28</sup> la Corte determinó que si bien el estatuto de profesionalización docente, en el cual se reglamenta el concurso público para acceder a la carrera administrativa, es exequible debe entenderse *“que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación*<sup>29</sup> *y demás normas complementarias*”. Así mismo, la ley 115 de 1993 en su artículo 62<sup>30</sup> el cual regula el asunto de la selección de los docentes destinados en las comunidades indígenas, no recoge ninguna forma de concurso especial para el acceso de este tipo de docentes a la carrera administrativa<sup>31</sup>.

### **3.4 Los funcionarios en provisionalidad. Reiteración de jurisprudencia.**

3.4.1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que los servidores públicos que se encuentran en provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que se ha denominado como intermedia<sup>32</sup>. Por tanto, los funcionarios que ocupan cargos

<sup>27</sup> Ver C-208/07.

<sup>28</sup> En esta sentencia se estudió la constitucionalidad del DECRETO 1278 DE 2002 “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”. Esta norma fue demandada con el argumento principal de que la norma acusada desconoce el artículo 7 de la Constitución, en virtud del cual el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. La vulneración se concreta en el hecho de que la adopción del Decreto Ley 1278 de 2002 abre la puerta para que docentes que no pertenecen a los diferentes resguardos indígenas y que no conocen sus rasgos culturales, asuman la calidad de maestros en estos pueblos, situación que no garantiza la diversidad étnica y cultural de la nación.

<sup>29</sup> Ley 115 de 1993.

<sup>30</sup> ARTÍCULO 62. SELECCIÓN DE EDUCADORES. Las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los educadores que laboren en sus territorios, preferiblemente, entre los miembros de las comunidades en ellas radicados. Dichos educadores deberán acreditar formación en etnoeducación, poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano.

La vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos se efectuará de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos.

El Ministerio de Educación Nacional, conjuntamente con las entidades territoriales y en concertación con las autoridades y organizaciones de los grupos étnicos establecerá programas especiales para la formación y profesionalización de etnoeducadores o adecuará los ya existentes, para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta ley y en la Ley 60 de 1993.

<sup>31</sup> Igualmente, hay que señalar que el artículo 804 de 1995 “por medio del cual se reglamenta la atención educativa para grupos étnicos” en su artículo 12 habilita a los nominadores a prescindir del concurso de méritos. “Artículo 12º.- De conformidad con lo previsto en los artículos 62, 115 y 116 de la Ley 115 de 1994 y en las normas especiales vigentes que rigen la vinculación de etnoeducadores, para el nombramiento de docentes indígenas y de directivos docentes indígenas con el fin de prestar sus servicios en sus respectivas comunidades, podrá excepcionarse del requisito del título de licenciado o de normalista y del concurso.”

<sup>32</sup> Ver T-1011/03 “Sin embargo, quienes son designados en provisionalidad gozan de cierto grado de protección, en la medida en que no podrán ser removidos de su empleo sino dentro de los límites que la Constitución Política y las leyes establecen. Así, el nominador deberá tener en cuenta las condiciones de vida del funcionario que será removido. Se podrá causar agravio a los derechos fundamentales de la persona desvinculada, por ejemplo cuando se trata de madres cabeza de familia carentes de otra fuente de ingresos que no sea su salario, como también de madres solteras de las cuales depende el sustento económico de hijos

en calidad de provisionales no tienen la misma estabilidad que los de carrera administrativa, pero tampoco su desvinculación es asimilable a la de un funcionario de libre nombramiento y remoción. Entonces, el empleado que se encuentra en provisionalidad no está sujeto a la arbitrariedad o la simple voluntad del nominador, sino que goza de cierta protección.

Siendo esto así, *“la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia. Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad”*<sup>33</sup>. En consecuencia, la discrecionalidad del nominador está circunscrita a *“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”*<sup>34</sup>.

#### **4. Caso Concreto.**

4.1. La señora Oliva Oyola Petro, miembro del Resguardo Indígena Zenú San Andrés de Sotavento, está vinculada al Instituto Educativo Cerro de Palma de Sincelejo- Sucre (zona rural) desde el año 2000 y en calidad de provisionalidad desde el año 2003, solicita que se ordene a la Alcaldía Municipal de Sincelejo su ingreso automático a la carrera administrativa sin que medie concurso público de méritos. La entidad accionada contesta que no efectúa el nombramiento en la carrera administrativa, toda vez que no existe una reglamentación que permita hacer un concurso público para proveer los cargos docentes en la comunidad indígena.

4.2. En este lugar se reitera lo afirmado en la parte motiva de esta misma sentencia, a saber, que la carrera administrativa tiene como característica ineludible que el criterio para el acceso, ascenso y permanencia sea el mérito de los aspirantes. Igualmente, que como ha señalado la Corte en su jurisprudencia la forma adecuada para calificar el mérito de los aspirantes es el concurso público. Así lo ratificó la Corte en la sentencia C-901 de 2008<sup>35</sup>. En

---

*menores de edad, más aún cuando no disponen de vivienda propia y con su salario pagan el canon del arrendamiento correspondiente. Las personas arbitrariamente desvinculadas de la función pública cuando ejercen cargos en provisionalidad, merecen el respeto propio de todo ser humano y el reconocimiento de condiciones dignas de vida, tanto para ellas como para quienes integran su núcleo familiar, más aún cuando hay menores que dependen afectiva y materialmente de la persona inconstitucionalmente desvinculada de su empleo”.*

<sup>33</sup> Ver C-279/07.

<sup>34</sup> Ídem

<sup>35</sup> En la sentencia C-942 de 2003 la Corte estimó que se consagra un privilegio cuando a las personas se les exime “de cumplir requisitos que si se les exigen a los demás concursantes, por el sólo hecho de haber desempeñado el cargo de carrera”. y en la Sentencia C-733 de 2005 se precisa que quienes ocupan cargos en

la referida providencia señaló la Corte que, cuando se permite el ingreso automático de un funcionario a la carrera administrativa, “*se establece un privilegio a favor de una persona consistente en eximirlo del cumplimiento de requisitos que le son exigidos a otros posibles concursantes por la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera*”. De manera tal, que por el simple hecho de que la accionante se encuentre en provisionalidad, no procede ordenar el ingreso de la misma a la carrera administrativa sin que exista concurso público de méritos.

4.3 Ahora, frente a la particularidad de que la accionante, es integrante de una comunidad indígena, hay que señalar que la sentencia C-208 de 2007 declaró la existencia de una omisión legislativa, por cuanto el Decreto 1278 de 2002<sup>36</sup> no trae una regulación especial para las comunidades indígenas. En consecuencia, determinó que la norma aplicable es la ley 115 de 1995, la cual, a su vez, no establece ninguna regulación sobre un concurso docente en comunidades indígenas. En consecuencia, no existe una herramienta jurídica que permita realizar un concurso de méritos para proveer cargos docentes en las comunidades indígenas.

4.4. Corresponde, entonces, a la Sala determinar si la negativa de la Alcaldía de nombrar a la accionante en carrera administrativa docente sin concurso de méritos, vulnera alguno de sus derechos.

4.5. Al acometer el análisis del asunto, el primer punto que se abordará es el argumento según el cual a la accionante se le está vulnerando su derecho a la igualdad, toda vez que se han nombrado a otros docentes que se encuentran en su misma situación. Al respecto, hay que señalar que la entidad demanda contestó la acción de tutela indicando que los nombramientos mencionados fueron hechos en cumplimiento de fallos judiciales de tutela, afirmación que fue corroborada por la accionante. Siendo esto así, no observa la Sala que se esté vulnerando el derecho de la accionante, pues un juez falla cada caso según las particularidades y las circunstancias específicas del mismo. No puede predicarse, entonces, que por haberse producido el nombramiento de varios docentes en obediencia de diversas órdenes judiciales, de las cuales ni siquiera se encuentran en el expediente las circunstancias particulares de cada caso, la Alcaldía Municipal de Sincelejo esté vulnerando el derecho a la igualdad de la accionante.

4.6. En segundo lugar, no comparte la Sala el argumento de la demandante según el cual, de no ser acogida su solicitud, quedará “*por fuera de la administración municipal y lógicamente sin trabajo*”<sup>37</sup>. Este argumento es producto de puras conjeturas que no llevan a ningún grado de certeza. Las motivaciones expuestas, no permiten siquiera afirmar con alta probabilidad, la ocurrencia de un daño irremediable. Evidentemente, la actora no ha podido

---

provisionalidad no pueden, por esa sola circunstancia, ser tratados “con privilegios o ventajas”, ni tampoco con desventajas. (M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

<sup>36</sup> “*Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente*”

<sup>37</sup> Ver folio 2 del cuaderno 1 del expediente.

demostrar que la actuación de la Alcaldía de negarse a nombrarla en carrera sin que medie concurso, conduzca inequívocamente o, por lo menos, con un grado importante de probabilidad, a que pierda su empleo. Por el contrario, en el expediente se encuentra la afirmación tanto de la accionante como de la entidad accionada, de acuerdo con la cual desde el año 2000 hasta la actualidad se encuentra vinculada, primero, “*por una orden de prestación de servicios*” y, posteriormente, a partir del 2003, en provisionalidad sin que hasta la fecha haya existido amenaza alguna de perder su trabajo. Es decir, que actualmente la accionante tiene trabajo y su ejercicio no ha sido perturbado durante 10 años y que, adicionalmente, goza de toda la protección que la jurisprudencia constitucional le ha dado a los cargos en provisionalidad. Por tanto, el perjuicio anunciado por la actora no aparece como probable o irremediable, por el contrario, existe un antecedente muy importante en virtud del cual la accionante ha gozado de estabilidad por un lapso considerable.

4.7. Tampoco es de recibo el argumento según el cual, la conducta de la Alcaldía pone en riesgo el mínimo vital de la accionante y su familia. En efecto, no obra en el expediente prueba alguna que permita concluir que en este momento la accionante vea vulnerado o se vea en peligro su mínimo vital. Por el contrario, está probado que desde hace diez años la accionante se encuentra laborando como docente en la Institución Educativa Agropecuaria Cerrito de la Palma, por lo cual, se puede concluir que la señora Oyola Petro posee una fuente de ingreso que le permite cubrir sus necesidades de mínimo vital. Pareciera que la demandante pretende argumentar que el derecho en mención se vería comprometido al ser despedida por ocupar un cargo en calidad de provisionalidad. Nuevamente, como se expuso en el acápite anterior, esto resulta ser el producto de conjeturas sobre la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, del cual ni siquiera existe una probabilidad de ocurrencia importante.

4.8. Adicionalmente, en material probatorio aportado por la accionante, el Gobernador Indígena Zenú de Sucre certifica que la accionante y otras docentes “ *fueron seleccionadas como docentes ante ASAMBLEA GENERAL DEL CONSEJO DE MAYORES para que laboren como docentes en la Institución Educativa Agropecuaria Cerrito de la Palma*”. Como se observa, la solicitud del Gobernador gira en torno que la accionante labore en la entidad educativa mencionada, situación que efectivamente ocurre hace diez años sin que haya sido perturbada en el ejercicio de su cargo.

4.9. Igualmente, hay que señalar que la afirmación de la accionante en virtud de la cual de no ser nombrada en carrera se vería obligada “*al destierro*”, resulta sin fundamento. No se observa por qué la negativa de la Alcaldía obliga a la accionante y a su familia a abandonar su localidad de residencia. Esta afirmación resulta ser una hipótesis que no se deriva lógicamente de los hechos del caso, pues no se entiende cuál es la conexión entre el hecho de que la Alcaldía se abstenga de nombrar la accionante en carrera administrativa sin

concurso público y que ella y su familia sean obligados a desplazarse de su territorio.

4.10. Por último, vale la pena resaltar que en el expediente no obra prueba alguna de que la accionante haya solicitado a la Alcaldía Municipal de Sincelejo su ingreso a la carrera administrativa docente. Allí tampoco existe copia de oficio, carta o derecho de petición que la accionante dirija a la Alcaldía comunicando su intención. Siendo esto así, no queda claro en qué términos y con qué argumentos la accionante ha solicitado su ingreso automático a la carrera administrativa, con lo cual se refuerza la conclusión de que la Alcaldía Municipal de Sincelejo no vulnera ningún derecho fundamental, al abstenerse de nombrarla automáticamente en la carrera administrativa docente.

## **5. Razón de la decisión.**

Se ha constatado que el hecho de que la Alcaldía Municipal de Sincelejo se abstenga de nombrar en la carrera administrativa docente a la accionante con el argumento de que no existe concurso público para proveer los cargos, no vulnera sus derechos. En efecto, se pudo evidenciar que no hay afectación a la igualdad, toda vez que los docentes referidos por la accionante, respecto de los cuales solicita igual tratamiento, fueron nombrados en virtud a un mandato judicial en sede de tutela. Igualmente, se demostró que las presuntas afectaciones al derecho al trabajo y al mínimo vital son fruto de hipótesis de difícil concreción, y por el contrario, existe evidencia de que la accionante ha gozado de estabilidad laboral desde hace diez años. De manera general, todos los perjuicios que enuncia la accionante son producto de conjeturas que no generan ningún grado de certeza. Por todo lo anterior, considera la Sala que cuando la Alcaldía Municipal de Sincelejo se abstiene de nombrar a la docente indígena, Olivia Orlina Oyola Petro, en carrera administrativa, sin concurso público, no conculca sus derechos fundamentales. Así, la Sala determina que no procede el amparo constitucional, que en las circunstancias anotadas solicita la accionante.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Sincelejo del veintiuno (21) de octubre de dos mil nueve (2009) y, en su lugar, confirmará el fallo del Juzgado Tercero Civil Municipal del quince (15) de septiembre de dos mil nueve (2009) que resolvió la acción de tutela interpuesta por Olivia Orlina Oyola Petro contra la Alcaldía Municipal de Sincelejo. Así mismo, ordenará a la Alcaldía que realice todos los trámites necesarios para reincorporar a la accionante a su posición anterior, sin que este trámite le genere perjuicios en la continuidad en el ejercicio su trabajo y, en general, ningún detrimento económico o laboral. Por último, recordará que a pesar de que no se han protegido los derechos invocados en esta tutela, la accionante goza de todas las garantías de los trabajadores en provisionalidad.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

#### RESUELVE:

**Primero. REVOCAR** la Sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Sincelejo del veintiuno (21) de octubre de dos mil nueve (2009), que a su vez revocó el fallo del Juzgado Tercero Civil Municipal del quince (15) de septiembre de dos mil nueve (2009) y, en su lugar, **CONFIRMAR** el fallo del Juzgado Tercero Civil Municipal de Sincelejo del quince (15) de septiembre de dos mil nueve (2009) que resolvió la acción de tutela interpuesta por Olivia Orlina Oyola Petro contra la Alcaldía Municipal de Sincelejo.

**Segundo.- ORDENAR** a la Alcaldía Municipal de Sincelejo que en el término necesario para adelantar los trámites pertinentes, restituya a la accionante Olivia Orlina Oyola Petro en su calidad de docente en provisionalidad en la Institución Educativa Agropecuaria Cerrito de la Palma, evitando que ello le genere perjuicios económicos o laborales en desarrollo del procedimiento administrativo.

**Tercero.- RECORDAR** a la Alcaldía Municipal de Sincelejo que la señora Olivia Orlina Oyola Petro goza de todas las garantías de los trabajadores en provisionalidad.

**Cuarto.-** Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO  
Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ  
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO  
Magistrado

MARTA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ  
Secretaria General