



REPUBLICA DE COLOMBIA

Rama Judicial del Poder Público

DISTRITO PASTO

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE PASTO

Cra. 23 No. 19 – 10 Edificio Chávez, oficina 404, Teléfono 7224754
adm02pas@cendoj.ramajudicial.gov.co

San Juan de Pasto, 30 de agosto de 2017
Oficio No. 1170

Señor:

ASPIRANTES DEL LISTADO DE ELEGIBLES DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO, ADOPTADA POR COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL MEDIANTE RESOLUCIÓN 3425 DE 23 DE JULIO DE 2015, PRODUCTO DE LA CONVOCATORIA 238 DE 2012

Se notifica por intermedio del Departamento de Nariño – Secretaria Departamental de Educación de Nariño (de igual manera que el auto admisorio)

contactenos@narino.gov.co; notificaciones@narino.gov.co;

'sednarino@narino.gov.co'; 'sednarino@sednarino.gov.co';

malena0722@gmail.com

Calle 19 No. 23 – 78

Pasto – Nariño

Asunto: Acción de Tutela No. 52001-33-33-002-2017-00207-00

Accionante: EINY PILAR QUIÑONES OBANDO Y OTROS

Accionado: DEPARTAMENTO DE NARIÑO – SECRETARIA
DEPARTAMENTAL DE EDUCACION DE NARIÑO Y CONSEJO
COMUNITARIO ALEJANDRO RINCÓN DEL MUNICIPIO DE
BARBACOAS – NARIÑO

Vinculados: Aspirantes listado de elegibles convocatoria 238 de 2012

Cordial saludo,

Con el debido respeto me permito notificar el fallo de fecha veintinueve (29) de agosto de 2017, dictado en la Acción de Tutela de la referencia.

Adjunto le remito copia íntegra de la mencionada providencia en diecinueve (19) folios.

Atentamente,

*Consejo Superior
de la Judicatura*

ELIZABETH ADARME RODRIGUEZ
SECRETARIA



LIBERTAD Y ORDEN
REPÚBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DE PASTO

Pasto, Nariño, veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

ACCIÓN: CONSTITUCIONAL DE TUTELA

EXPEDIENTE: 52001-33-33-002-2017-00207-00

ACCIONANTE: EINY PILAR QUIÑONES OBANDO

ACCIONADO: DEPARTAMENTO DE NARIÑO- SECRETARIA DE EDUCACION
DEPARTAMENTAL Y CONSEJO COMUNITARIO "ALEJANDRO RINCÓN" DEL
MUNICIPIO DE BARBACOAS- NARIÑO

I. ANTECEDENTES.

Cumplido el trámite del Decreto 2591 de 1991, procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela de referencia, con base en lo siguiente:

1.1. Hechos

Por intermedio de apoderado judicial, la señora EINY PILAR QUIÑONES OBANDO, identificada con cédula de ciudadanía 27.129.418, en nombre propio y de sus hijos los niños CRISTIAN ANDRES CASTILLO QUIÑONES, JUAN PABLO CASTILLO QUIÑONES y ALIANA PILAR VENTES QUIÑONES, presentó acción de tutela contra DEPARTAMENTO DE NARIÑO- SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL Y CONSEJO COMUNITARIO "ALEJANDRO RINCÓN" DEL MUNICIPIO DE BARBACOAS- NARIÑO, porque considera que le vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, dignidad y seguridad social.

Los supuestos fácticos pueden resumirse como sigue:

- Adujo que la accionante participó en el concurso público de méritos de la Convocatoria 238 de 2012 de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), y lo superó con un puntaje de 58.03 puntos que la ubicaron en el puesto 128 de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 3425 de 25 de julio de 2016 de la CNSC.
- Expuso que la escogencia de la plaza de preferencia de la accionante, según la Oferta Pública de Empleos de Carrera que administra la CNSC se materializó en audiencia realizada por la Secretaría de Educación Departamental, de 3 de diciembre de 2015, en la cual indicó como sede el Centro Educativo San Miguel de Nambí del Municipio de Barbacoas- Nariño.
- Manifestó que para ocupar el cargo en el mencionado establecimiento educativo

requiere el aval del Consejo Comunitario "Alejandro Rincón" donde está ubicado el mismo, según la tutela No. 2016-00429 del Juzgado Quinto Civil Municipal de Pasto, pero el mismo fue negado.

- Indicó que la escogencia de sede se realizó por segunda vez el 31 de julio de 2017, oportunidad en la que insistió en la sede escogida con anterioridad y en dicha audiencia se les previno para que el aval se presentara dentro de los 15 días hábiles a la realización del certamen.

- Dijo que el 4 de agosto de 2017 se solicitó al señor representante legal del Consejo Comunitario "Alejandro Rincón" que expida el aval para acceder al nombramiento en periodo de prueba en el Centro Educativo San Miguel de Nambí, pero en la misma fecha se expide la negativa sin explicación alguna.

1.2. Las pretensiones.

Se encamina a buscar el amparo de los derechos fundamentales deprecados y se ordene:

* A la Gobernación de Nariño – Secretaría de Educación Departamental, que efectúe el trámite necesario para nombrar en periodo de prueba en el Centro Educativo San Miguel de Nambí del Municipio de Barbacoas, porque no es necesario el aval toda vez que la accionante pertenece a la comunidad.

* Subsidiariamente y en tanto no sea posible el nombramiento en ese establecimiento educativo, se disponga el nombramiento en otro Centro Educativo del Municipio de Barbacoas, ubicado por fuera de los territorios colectivos legítimamente reconocidos.

* Se ordene a la Secretaría de Educación de Nariño y al Consejo Comunitario "Alejandro Rincón", establecer un procedimiento objetivo que garantice los derechos de la accionante como aspirante legítima a ocupar un empleo público de carrera.

1.3. Trámite y respuesta de la entidad accionada

Con el auto de fecha 15 de agosto de 2017 (Fl. 52) se admitió a trámite la tutela, proveído en el cual se ordenó la notificación personal a los representantes legales del Departamento de Nariño- Secretaría de Educación Departamental y Consejo Comunitario "Alejandro Rincón" del Municipio de Barbacoas, lo cual se cumplió mediante oficios 1115 y 1160 y se dispuso que la notificación de las personas que conforman la lista de elegibles adoptada mediante Resolución 3425 de 2015 producto de la convocatoria 238 de 2012.

1.4 Contestaciones de tutela

1.4.1. Departamento de Nariño- Secretaria De Educación Departamental.

El señor Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento de Nariño, Dr. Pedro Andrés Rodríguez Melo, contestó la tutela y solicitó se la declare improcedente y se la exonere de toda responsabilidad.

Adujo que la Comisión Nacional de Servicio Civil emitió la Convocatoria No. 238 de 2012 para Etnoeducadores Afrocolombiano del Departamento de Nariño – Secretaría de Educación Departamental, el cual se desarrolló dentro de las reglas establecidas desde la convocatoria hasta la conformación de la lista de elegibles y que tal proceso culmina con el nombramiento en periodo de prueba, en la sede escogida por el aspirante, la cual se eligió en audiencia pública de escogencia de cargos realizada el 3 de diciembre de 2015, en la cual la ahora accionante escogió libre y voluntariamente la vacante del Centro Educativo de la vereda San Miguel de Ñambí del Municipio de Barbacoas, ubicada en territorio colectivo.

Expuso que para efectuar el nombramiento en periodo de prueba es necesario que el aspirante cuente con el aval emitido por parte del Consejo Comunitario del que se trate, por aplicación del artículo 4 del Decreto 140 de 2006 que modificó el artículo 17 del decreto 3323 de 2005, normas que están compiladas en el Decreto Único Reglamentario del Sector Educativo (artículo 2.4.1.2.17 del D. 1075 de 2015) y que en este caso particular no se otorgó lo cual impide que se provea el nombramiento en periodo de prueba y por tanto no existe configuración de vulneración a ningún derecho fundamental de la accionante.

Aseveró que los integrantes de la lista de elegibles deben acreditar ese requisito para acceder al nombramiento en periodo de prueba por lo mismo la Secretaría ya realizó, hasta el momento, aquellos respecto de los elegibles que radicaron el aval expedido por el Consejo Comunitario en el que se ubica la plaza escogida.

Evidenció que los Consejos Comunitarios para expedir el aval deben seguir un procedimiento que antecede a la toma de la decisión, esto es una valoración de carácter objetivo siguiendo los criterios señalados en el artículo 2.4.1.2.9 del Decreto 1075 de 2015 y luego determinar si concede o no el aval, con exposición de las motivaciones fundadas, dado que importa la prestación del servicio educativo con preservación de la historia, usos, costumbres y tradiciones de la población afrocolombiana.

Indicó que el requisito del aval tiene carácter legal, por lo mismo no puede la Secretaría de Educación omitir tal requisito para proceder al nombramiento como lo pretende la accionante y que es decisión que se le hizo conocer oportunamente., de otra parte una determinación administrativa de esa naturaleza afectaría la prestación del servicio educativo en los sectores rurales ubicados en zonas de alta ruralidad y dispersión geográfica, además que en el momento no existen vacantes en el sector urbano para acceder a una vacante que no requiera de aval, porque las ofertadas ya fueron provistas.

1.4.2. Consejo Comunitario "Alejandro Rincón" del municipio de Barbacoas.

A pesar que la notificación del auto admisorio se surtió por intermedio de la Personería Municipal de Barbacoas, tal como puede verificarse a folio 64, el señor representante legal, no dio contestación a la tutela, por lo tanto se dará aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991¹.

¹ Art. 20. " Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa."

II. CONSIDERACIONES.

2. 1. Competencia.

El Despacho es competente para resolver la acción impetrada, al tenor de lo dispuesto en el Art. 86 de la Constitución Nacional y sus decretos reglamentarios 2591 de 1991 y 1382 de 2000.

2.2. Legitimación en la causa.

2.2.1. Legitimación en la causa por activa. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, en consonancia con la norma superior el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991. En este caso comparece la señora EINY PILAR QUIÑONES OBANDO, quien puede solicitar en su favor la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados porque es la titular de los mismos y conferir poder a un profesional del derecho para que agencie en favor de sus intereses como aconteció en este asunto.

2.2.2. Legitimación en la causa por pasiva.

El Departamento de Nariño – Secretaría de Educación Departamental y el Consejo Comunitario "Alejandro Rincón", son pasibles de acción de tutela en tanto la primera es una autoridad pública que cumple una función determinada en el procedimiento de nombramiento de docentes etnoeducadores de comunidades negras o afrodescendientes, y la segunda una persona jurídica de naturaleza privada², a quien se le endilga la presunta vulneración de derechos fundamentales de la accionante dado que es la encargada de emitir el aval necesario para obtener un nombramiento como etnoeducadora en territorios comunitarios.

2.2.3. Derechos invocados

La accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social, dignidad humana, igualdad y debido proceso administrativo, los cuales encuentran consagración en la Carta Política artículos 25, 48 y 53, 1, 13 y 29.

2.3.3. Inmediatez. La acción de tutela cumple con el requisito de la inmediatez, por cuanto la presunta conducta que causó la vulneración de los derechos

² El Decreto 1745 de 1995, reglamentario de la ley 70 de 1993, señaló en su artículo 7º que la Junta del Consejo Comunitario es la autoridad de dirección, coordinación, ejecución y administración interna de la comunidad; en su artículo 11 dispuso que tendrían la función de ejercer el gobierno económico de las tierras de las comunidades negras según sus sistemas de derecho propio y la legislación vigente, crear y conservar el archivo de la comunidad, llevar libros de actas, cuentas y de registro de las áreas asignadas y los cambios que al respecto se realicen; su artículo 12, estableció que el representante legal del Consejo Comunitario tiene la función de representar a la comunidad en cuanto persona jurídica y según su artículo 10, son miembros de la comunidad quienes sean reconocidos por el Consejo Comunitario y estén inscritos en el censo interno que ésta lleve.

fundamentales recae en el plazo perentorio y preclusivo otorgado por la Secretaría de Educación de Nariño en la audiencia pública de escogencia de sedes realizado el 31 de julio de 2017, para presentar el aval del consejo comunitario del territorio comunitario donde se ubica el Establecimiento educativo seleccionado por el aspirante, que es de 15 días, por lo tanto a simple vista tornaría procedente la tutela porque atiende el requisito de oportunidad e inmediatez.

2.2.4. Subsidiariedad. De conformidad con lo estipulado por el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se caracteriza por su naturaleza excepcional y subsidiaria, porque solamente procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ese otro medio no sea eficaz para la protección de los derechos fundamentales y sea necesario adoptar una medida transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

En ese sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece que la eficacia del mecanismo ordinario de defensa judicial será evaluada por el juez de tutela atendiendo a las circunstancias en las que se encuentre el accionante.

En el sublite, la accionante se duele en primer término del poco tiempo del que dispone para obtener el aval por parte del Consejo Comunitario "Alejandro Rincón" y que según los hechos de la tutela es de 15 días contados a partir del 3 de julio de 2017, fecha en la cual se llevó a cabo la audiencia pública por parte de la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño para la escogencia de sedes por los aspirantes que conforman la lista de elegibles para etnoeducadores del Departamento de Nariño y por otra la falta de motivación de la respuesta negativa a la solicitud de aval para poder ser nombrada en periodo de prueba en el Centro Educativo San Miguel de Nambí ubicado dentro de la comunidad nombrada.

La acción de tutela es procedente en tanto no existe vía judicial ni otro mecanismo diferente para restablecer los derechos sustanciales que pudiera tener la accionante respecto de estos precisos hechos, dado que el trámite de escogencia de sedes no tiene entidad de acto administrativo que pueda ser atacado por vía judicial y tampoco la respuesta de otorgamiento o negativa del aval puede ser cuestionado por otro mecanismo ordinario dispuesto en la ley ya que se trata de una decisión de contenido particular.

2.2.5. La duplicidad en la presentación de acciones de tutela y temeridad en su interposición.

La accionante en el acápite denominado "Declaración" contenido en la solicitud de tutela (Fl. 13) manifestó que radicó una acción de tutela con fundamento en la audiencia de escogencia de vacante celebrada por la Secretaría de Educación de Nariño el 3 de diciembre de 2015, cuyo conocimiento fue del Juzgado Quinto Civil Municipal de Pasto, con radicación 2016-00429 y que la acción que nos ocupa se interpone con fundamento en la nueva audiencia de selección de vacante celebrada el 31 de julio de 2017 y la negativa de aval de 4 de agosto de 2017 respecto de la cual no presentó acción de tutela.

Corresponde entonces analizar este aspecto con el propósito de determinar si

hay coincidencia o no con el objeto de la tutela interpuesta anteriormente por la accionante y cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Quinto Civil Municipal, acción con radicación 2016-00429-00.

A folio 163-183 obra copia del fallo de tutela fechado 2 de noviembre de 2017, por el cual el Juzgado Quinto Civil Municipal de Pasto decidió la solicitud de tutela instaurada por la señora Einy Pilar Quiñones Obando contra el Departamento de Nariño- Secretaría de Educación Departamental, Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa y Consejo Comunitario Alejandro Rincón, a cuyo trámite se vinculó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual tuvo como pretensiones principales:

(i) tomar medidas pertinentes frente al Consejo Comunitario Alejandro Rincón a quien le concierne la vereda Ñambi que garanticen su pronunciamiento sobre el aval requerido y el respeto a sus derechos fundamentales, en su condición de miembro de la minoría étnica afro descendiente participante del concurso, (ii) Ordenar al Ministerio del Interior y la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, se sirvan explicar y demostrar mediante documentación pertinente, si se realizó consulta previa al Consejo Comunitario encargado de brindar al aval (iii) Oficiar a la Corte Constitucional para revisar la constitucionalidad de la norma Art. 4 del Decreto 140 de 2006, mismo que a su criterio es oscura e incompleta y se presta para dar una libertad arbitraria a los Consejos Comunitarios dejando desamparados a los docentes.

Los supuestos fácticos de dichas pretensiones se asemejan en cuanto indicó que participó en el concurso de méritos de la convocatoria 238 de 2013, que superado el concurso la Secretaría de Educación Departamental de Nariño convocó a audiencia para escogencia de vacantes en la cual eligió el Centro Educativo de la vereda Ñambi y que dentro de los 5 días siguientes a la publicación de la lista, el Consejo Comunitario no concedió el aval, por lo mismo el 23 de julio de 2017 solicitó a dicho Consejo otorgarle el aval para acceder al cargo vacante, respuesta negativa que conoció verbalmente motivada en el interés de proteger a los docentes que estaban ocupando dichas plazas en provisionalidad y que no se realizó consulta previa para efectuar el concurso de méritos.

Estableció el señor Juez de la causa que el problema jurídico se centraba en establecer si la tutela era procedente para resolver las pretensiones de la accionante respecto del aval por parte del Consejo Comunitario Alejandro Rincón de acuerdo a la sede escogida, para que se le ordene efectuar un pronunciamiento efectivo sobre el aval, a cuyo respecto encontró que no se puede prescindir de dicho requisito legal para ocupar una plaza, el cual es previo para la designación de un docente dentro de un territorio colectivo y si la decisión es desfavorable cuenta con medios judiciales para atacarla y en este sentido la tutela es improcedente pero protegió el debido proceso vulnerado por la Secretaría de Educación Departamental en tanto a pesar de la existencia de más de una plaza vacante no había convocado a otra audiencia pública para proveerlas, permitiendo que aquellos docentes que no obtuvieron el aval pudieran participar en ella.

Conviene precisar que dicha decisión fue revocada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, mediante providencia de 16 de enero de 2017 y en su lugar ordenó al Consejo Comunitario Alejandro Rincón que, de acuerdo a su competencia, emita un concepto en el que se decida en forma motivada y

precisa si concede o no el aval de que trata el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015.

Conocidos los antecedentes de la acción de tutela No. 2016-00429-00, se precisa recordar que el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991³, define la actuación temeraria como aquella que se presenta *"cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales"*, y dispone que en caso de darse dicha circunstancia, *"se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes"*, en consecuencia corresponde verificar las reglas establecidas por la Corte Constitucional para identificar cuándo se cumple el presupuesto normativo establecido en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, identificando cuatro elementos esenciales que permiten determinar si en un caso concreto se presenta esta figura:

"(i) La **identidad de partes**, es decir, que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición persona de natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales. En efecto las acciones de tutela se presentan por la señora Einy Pilar Quiñones Obando, por intermedio de apoderado judicial, la primera a nombre propio y la segunda también a nombre propio y de sus menores hijos. Ellas se enfilan contra el Consejo Comunitario Alejandro Rincón y el Departamento de Nariño- Secretaría de Educación Departamental de Nariño. En la primera adicionalmente se dirige contra el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta previa.

(ii) La **identidad de causa petendi**, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa. Se precisa que los hechos de la tutela con radicación No. 2016-00429-00 tramitada por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Pasto, tienen ocurrencia en la primera audiencia pública de escogencia de sedes convocada por la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y que se realizó el 3 de diciembre de 2015, en tanto que la actual y que es motivo de esta decisión, se generan por la segunda audiencia pública de escogencia de sedes convocada por la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y que se llevó a cabo el 31 de julio de 2017.

(iii) La **identidad de objeto**, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental. Los derechos que pretende se protejan corresponde al derecho de petición, trabajo, mínimo vital, derecho a acceder a cargos públicos, y en la segunda tutela- que es la que se decide- se pretende la

³ La Corte Constitucional en Sentencia C-054 de 1993 se pronunció sobre la exequibilidad del mismo, destacando que *"con base en los artículos 83, 95 y 209 de la Constitución, la actuación temeraria debe ser controlada en aras de lograr la efectividad y agilidad en el funcionamiento del Estado [... puesto que ...] el abuso desmedido e irracional del recurso judicial, para efectos de obtener múltiples pronunciamientos a partir de un mismo caso, ocasiona un perjuicio para toda la sociedad civil, porque de un 100% de la capacidad total de la administración de justicia, un incremento en cualquier porcentaje, derivado de la repetición de casos idénticos, necesariamente implica una pérdida directamente proporcional en la capacidad judicial del Estado para atender los requerimientos del resto de la sociedad civil."*

protección de los derechos a la igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, dignidad y seguridad social.

A pesar que los tres primeros elementos no son coincidentes en su totalidad, si lo son en su esencia lo cual llevarían a concluir que se trata de obtener la misma protección constitucional y por lo tanto sería posible rechazar la solicitud de tutela, sin embargo, en sede de tutela el juez constitucional tiene la obligación también de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción, toda vez que el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, establece: *"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 a solicitudes."*

En este caso es preciso destacar que la protección que se pretende obtener gira fundamentalmente en torno a la consecución del aval de reconocimiento cultural por parte del Consejo Comunitario Alejandro Rincón del Río Nambí, toda vez que es requisito indispensable para obtener el nombramiento en periodo de prueba en el cargo escogido en el Centro Educativo San Miguel de Nambí ubicado en dicho territorio colectivo afro descendiente negro.

De las pruebas arrojadas al plenario se puede identificar claramente que la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso de méritos de etnoeducadores de territorios colectivos del Departamento de Nariño, que en el mismo participó la accionante y superó las distintas etapas, por lo cual quedo registrada en la lista de elegibles publicada el 23 de julio de 2015 conformada por la Resolución No. 3425 de 2015. A continuación fue la Secretaría de Educación Departamental la que convocó a audiencia pública de escogencia de sedes lo cual ocurrió el 3 de diciembre de 2015 (Fl. 124) y como la interesada tenía hasta el 18 de diciembre de 2015 para presentar el aval del respectivo Consejo Comunitario y no lo obtuvo, el 23 de julio de 2016 presentó petición escrita ante dicho consejo para que se expida el aval (Fl. 25).

En octubre de 2016 la accionante presenta la tutela que decidió el juzgado Quinto Civil Municipal de Pasto el 2 de noviembre de 2016 y el 22 de noviembre de ese mismo año el señor Representante Legal del Consejo Comunitario Alejandro Rincón emite la respuesta en atención a dicha tutela, a pesar que en sus ordenamientos no se emitió ninguna orden al respecto.

a. Petición de 23 de julio de 2016.

La respuesta del Consejo Comunitario Alejandro Rincón fue extendida el 22 de noviembre de 2016. (Fl. 26- 28), en tal comunicación informa que ni otorga ni niega el aval solicitado, con fundamento en que al Consejo no le es posible jurídicamente otorgarlo porque el Decreto ley 1278 de 2002 es inaplicable para la vinculación de docentes al interior de su territorio según la sentencia C-208 de 2007, el cargo no está vacante porque lo ocupa en provisionalidad una docente nombrada con el lleno de los requisitos legales existentes en ese momento y allí se mantendrá hasta que no exista reglamentación específica para la vinculación a grupos étnicos, toda vez

que el concurso en el cual participó no es aplicable al territorio de las negritudes y el derecho que ganó lo es para ser nombrada como docente en cualquier establecimiento educativo oficial pero siempre que ella no pertenezca a ningún grupo étnico. Adicionalmente indicó que el hecho que la peticionaria sea afrocolombiana no obliga a las autoridades del Consejo a otorgarle el aval toda vez que tiene que llenar una serie de requisitos ya establecidos en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994 General de Educación, Decreto reglamentario 804 de 1995 y sentencia C-208 de 2007.

Estimó el representante legal del Consejo que la escogencia de los candidatos es concertada y no impuesta y el concurso es una imposición, el docente no solo debe ser afrodescendiente sino que debe poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, su cosmovisión, cosmogonía, cosmología, creencias, tradiciones, leyes, usos, costumbres, folklore, artesanías, la comunidad debe estar convencida del grado de compenetración del docente con la cultura específica de la comunidad, el compromiso con la enseñanza de las peculiaridades regionales y zonales y sentido de pertenencia al pueblo, lo cual es difícilmente apreciable en una persona forastera así sea afrodescendiente. Concluyó que el Consejo Comunitario está impedido para firmar un aval que sería rechazado por la comunidad. (Fl. 26 a 28)

Por otra parte, como se mencionó el mencionado fallo fue revocado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, en sentencia de 16 de enero de 2017, las motivaciones de tal decisión se desconocen toda vez que el citado Juzgado no atendió la solicitud de remisión de copia íntegra del mismo, sin embargo la parte resolutive se puede consultar porque se anejó por parte de la Secretaría Departamental de Educación copia del oficio No. 0049 que comunica la decisión y cuya orden se dirige al Consejo Comunitario Alejandro Rincón de Barbacoas, para que en el término de 5 días a partir de la notificación de la sentencia, de acuerdo a su competencia legal emita un concepto a la señora Einy Pilar Quiñones Obando, en el que se decida de una forma motivada y precisa si se concede o no el aval de que trata el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015. Vencido el término indicado lo remitirá inmediatamente a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño.

Es decir existe una orden judicial emitida por un juez constitucional que debe cumplirse en tanto el aval otorgado no puede desconocer los derechos de los aspirantes a ocupar cargos en el establecimiento educativo ubicado en dicho territorio colectivo y emitirse arbitrariamente.

En efecto, si bien la tutela que nos ocupa se presenta para que, entre otras, se ordene al Consejo Comunitario Alejandro Rincón que establezca un procedimiento objetivo que garantice los derechos de la accionante como aspirante legítima a ocupar un empleo público de carrera (Pretensión No. 4- Fl. 11) dicha petición tiene relación directa con la orden emitida por el Juez de Segunda Instancia y cuyo cumplimiento debe verificar el juez de conocimiento de la tutela, esto es el Juzgado Quinto Civil Municipal, para establecer si la respuesta a la solicitud del aval se decidió de una forma motivada y precisa y si en ella tuvo en cuenta los parámetros de trata el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015.

Nótese que la orden de tutela se emitió el 16 de noviembre de 2016 y si la respuesta que extendió el Consejo Comunitario el 22 de noviembre de 2016 hubiera observado los criterios establecidos en el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015, la decisión de tutela de segunda instancia sería diferente y podría considerarse como un hecho cumplido, pero no fue así, el sentenciador dispuso al mencionado Consejo fije las directrices para que no se desconozcan los derechos de los aspirantes al momento en que la comunidad tome la decisión de otorgar o no el aval.

Por manera que si bien formalmente la tutela difiere en algunos aspectos y circunstancias adjetivas, el fondo del asunto es el mismo: la obtención de un aval de reconocimiento cultural para ocupar el cargo de etnoeducadora en una institución educativa en el territorio comunitario Alejandro Rincón de Barbacoas, porque si bien la accionante en dos oportunidades participó en la audiencia pública de selección de establecimiento educativo en la Secretaría de Educación de Nariño, en ambas ocasiones manifestó su intención libre y voluntaria de escoger el Centro Educativo San Miguel de Nambí ubicado en la zona rural del Municipio de Barbacoas, para el empleo de docente de Aula en el área Primaria.

Debe aclararse que la audiencia pública de selección de establecimiento educativo llevado a cabo el 31 de julio de 2017 se convocó por la Secretaría de Educación Departamental de Nariño en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Consejo de Estado en la tutela promovida por la señora Marily Perlaza Guerrero con el radicado No. 52001233300020160073801 y también se tuvo en cuenta la orden del Juzgado Cuarto de Familia de Pasto en sentencia proferida en la acción de tutela No. 2017-00167 promovida por la señora Gloria del Socorro Rodríguez Rosero.

Considera el Despacho que propiciar una nueva orden con respecto al mismo punto conllevaría al desconocimiento de la decisión judicial con carácter interpartes que debe cumplirse y a generar equívocos o confusiones como quiera que la respuesta está pendiente de emitirse en los términos ordenados por el juez constitucional en la tutela con radicación 2016-00429-00, quien está en el deber de analizar si aquella respuesta emitida el 16 de agosto de 2017 se aviene a los términos ordenados en la sentencia de segunda instancia que revocó la inicial, su contenido se revisa como sigue:

b. Petición de 04 de agosto de 2017 (Fl. 31)

El señor José Yosman Arboleda como representante legal de dicho Consejo Comunitario Consejo Comunitario Alejandro Rincón expidió una respuesta negativa el mismo 04 de agosto de 2017 tal como consta a folio 32, sin motivación alguna.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que posteriormente se allegó copia de la respuesta fundamentada de negativa del aval solicitado, en el cual se expresa que en consulta a la comunidad se manifestó que a la docente no la conocían, que no convive con ellos y no reúne los requisitos del artículo 62 de la ley 115 de 1994 y el decreto reglamentario 804 de 1995, por consiguiente la Junta no puede desobedecer una orden directa de la máxima autoridad que es la

comunidad. Además que el Decreto ley 1278 de 2002 dentro de cuyo marco participó la docente es inaplicable para la vinculación de etnoeducadores de territorios indígenas y afrocolombianos.

Tal como consta en dicha contestación, el Consejo Comunitario se inhibe de resolver de fondo la solicitud que hiciera la señora Eny Pilar el 23 de julio de 2016, es decir no existe un pronunciamiento motivado y preciso respecto a si concede o no el aval, tal como lo ordenó el señor Juez de segunda instancia en la tutela 2016-00429-01

Aunque el examen de dicha respuesta le corresponde al juez de la tutela 2016-00429 es necesario precisar que los criterios de valoración que se deben tener en cuenta por los Consejos Comunitarios de territorios colectivos deben estar orientados en los artículos 2.4.1.2.9. y 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015, para determinar el grado de conocimiento de los aspirantes en los saberes propios de la comunidad del territorio colectivo, como son los aspectos de territorialidad, culturas locales, interculturalidad, organización social, historia, relaciones interétnicas y diálogo de saberes, parámetros que deben darse a conocer previamente a los interesados, en lo posible permitiendo su participación, de tal manera que la determinación de conceder el aval de reconocimiento cultural sea producto de una decisión motivada, fundamentada en criterios objetivos que se encuentre previamente establecidos para que la decisión no sea arbitraria sino que cumplan con la finalidad de mejorar la calidad y pertinencia del servicio educativo, y ante todo busque preservar la historia, tradiciones, usos y costumbres de la población afro descendiente negra.

Como se sintetizó en antecedencia la respuesta que emite el Consejo Comunitario Alejandro Rincón el 16 de agosto de 2017 da a conocer que hubo un proceso de consulta al interior de la comunidad respecto al conocimiento que tenían de la solicitante, cuyo resultado fue que no la conocían, que en dicha comunidad no ha convivido y no reúne los requisitos contemplados en el artículo 62 de la ley 115 de 1994, por el cual las personas que laboren en su territorio como educadores, deben acreditar formación en etnoeducación, poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico y el decreto reglamentario 804 de 1995, refiriéndose al artículo 11, por el cual los docentes para cada grupo étnico serán seleccionados teniendo en cuenta sus usos y costumbres, el grado de compenetración con su cultura, compromiso, vocación, responsabilidad, sentido de pertenencia a su pueblo, capacidad investigativa, pedagógica y de articulación con los conocimientos y saberes de otras culturas.

También el señor representante legal en su respuesta indicó que está impedido para otorgar el aval por falta de autorización de la comunidad, para ello parte de la sustentación se refiere a la inaplicación del Decreto ley 1278 de 2002, que sirvió de fundamento al concurso de méritos, porque considera que el mismo es inaplicable a los grupos étnicos, sin embargo es claro que la Corte Constitucional en sentencia C-208 de 2007 declaró exequible dicho decreto, en el entendido que dicho estatuto no se aplica a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docente y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas, que atienden población indígena y en tanto se regule la

materia, las normas aplicables a los grupos étnicos serán las contenidas en la ley 115 de 1994 y las demás complementarias como el decreto 804 de 1995 y decreto 3323 de 2005.

Debe mirarse que el Acuerdo 0282 de 2012 por el cual se convocó a concurso abierto de méritos, tuvo especial consideración por la elaboración de los lineamientos del concurso en orden a fijar los parámetros generales en que se desarrollaría el proceso de selección para los grupos étnicos conforme lo fija la ley 115 de 1994, reglamentada a través del decreto 804 de 1995, no obstante si bien hace alusión al decreto ley 1278 de 2002 lo es con respecto a la carrera docente para ingreso a través de concurso público y que se aplica para la provisión de empleos de etnoeducadores, pero se apoyó en el decreto 3982 de 2006, decretos 3323 de 2005, 140 de 2005 y 3446 de 207 para fijar las reglas del proceso de selección y determinar los criterios para la aplicación.

Además se precisó que se adelantó un proceso de consulta con representantes de las comunidades afrocolombianas negras, raizales y palenqueras, miembros de la comisión pedagógica nacional para comunidades negras CPN, quienes delegaron en una subcomisión la facultad de realizar reuniones que permitieron llegar a acuerdos básicos para realizar el concurso de etnoeducadores que ejercerían sus empleos en dichas comunidades.

Así entonces no es cierto que el proceso de concurso de méritos no sea aplicable para la vinculación, administración y formación de los docentes de los establecimientos educativos del Municipio de Barbacoas y en especial de la comunidad colectiva del río Ñambi.

Debe recordarse que si bien las comunidades colectivas tienen derecho a la consulta previa, al consentimiento libre e informado, autonomía de las autoridades indígenas en su territorio, a la participación de las comunidades colectivas legalmente reconocidas, a la propiedad, al debido proceso y a la diversidad étnica y cultural, lo cierto es que dicha garantía de participación no se erige en un derecho al veto por parte de las comunidades a todo proceso que pretenda mejorar las calidades de vida, en este caso de la educación de sus niños, niñas y adolescentes, más aún cuando este proceso se desarrolló por parte de una institución autorizada por la Constitución Política en concurso con miembros representativos de los intereses de las comunidades afrocolombianas negras, de todo lo cual puede predicarse que el Consejo Comunitario Alejandro Rincón no se aviene en su contestación a los términos contenidos en la sentencia de segundo grado dictada en la tutela con radicación 2016-00429-01 y por lo tanto los derechos fundamentales protegidos siguen siendo vulnerados.

Finalmente, y volviendo al tema de la multiplicidad de tutelas presentadas por la misma persona, conviene recordar que la Corte Constitucional también determinó unas causas que excluyen la temeridad⁴, como cuando la interposición de múltiples acciones de tutela se fundan en:

"i) las condiciones del actor que lo coloca (sic) en estado de ignorancia o de especial vulnerabilidad o indefensión en que actúa por miedo insuperable o la necesidad extrema de defender sus derechos, ii) en el asesoramiento equivocado de los profesionales del

⁴ Corte Constitucional, sentencia T- 975 de 2011.

derecho, iii) en nuevos eventos que aparecen con posterioridad a la acción o que se omitieron en el trámite de la misma u otra situación que no se hubiere tomado como fundamento para decidir la tutela anterior que involucre la necesidad de protección de los derechos, y iv) en la presentación de una nueva acción ante la existencia de una sentencia de unificación de la Corte Constitucional; cuando el actor en sus actuaciones siempre puso de presente a los jueces de tutela la previa existencia de una demanda de igual naturaleza”.

Causas que pueden advertirse en el presente trámite de tutela porque la accionante informó al juzgado sobre la presentación anterior de la solicitud de tutela ante el Juzgado Quinto Civil Municipal de Pasto y consideró que los hechos eran distintos en ambas solicitudes.

A pesar de lo anterior, la accionante no justificó el porqué de la presentación sucesiva de la tutela cuando el Decreto 2591 de 1991 establece taxativamente los mecanismos para obtener que el fallo se cumpla en los términos dispuestos por el juez constitucional para que cese por completo la vulneración de los derechos fundamentales que fueron amparados y que el camino se encuentra expedito, de esta manera la accionante mantiene la aspiración de lograr el aval de reconocimiento cultural que le permita ser nombrada en periodo de prueba en el cargo seleccionado porque no se cumple la condición de presentación del mismo ante la Secretaría de Educación Departamental por parte del Consejo Comunitario y, en consecuencia, no le es oponible el término de vencimiento de la lista de elegibles; por lo tanto, como no se expuso un motivo razonable y válido para que se admita esta pretensión, el cual debe encontrarse claramente probado, y que nace de la necesidad de acreditar la validez de la justa causa para la múltiple interposición de acciones de tutela derivada del principio general de asignación de la carga de la prueba, según el cual, a quien pretenda la aplicación de un determinado supuesto de hecho contenido en la ley, le corresponde demostrar el cumplimiento del mismo, aparece como consecuencia adoptar la decisión no de rechazo de la pretensión cuarta por temeridad sino que la misma se despachará desfavorablemente y se seguirá el análisis del caso respecto de las pretensiones segunda y tercera.

2.2.6. Problema jurídico.

Según el examen de los hechos y de las pretensiones el estudio del caso se centrará en determinar si existe vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo de la señora Einy Pilar Quiñones Obando:

Si hay amenaza o conculcación por parte de la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño por la fijación de un término breve que no permite obtener un aval necesario para que la accionante sea nombrada en periodo de prueba en un establecimiento educativo perteneciente a un territorio comunitario.

Igualmente si es posible prescindir del aval para que la accionante sea nombrada en un cargo en el Establecimiento Educativo del Consejo Comunitario “Alejandro Rincón” o en su defecto se produzca el nombramiento en cualquier otro centro educativo para el cual no se necesite tal requisito?

2.2.7. Procedencia de la acción de tutela, para proteger el derecho fundamental al debido proceso.

El artículo 29 de la Carta Política consagra la cláusula general del debido proceso como un derecho constitucional fundamental aplicable *"a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"*.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se define el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante el trámite ante la administración se respeten los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad,⁵ por ello, también puntualiza la Corte que ella debe ceñirse a la vez a los artículos 29 y 209, Superiores:⁶

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso "como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia". Del mismo modo, ha señalado que el respeto a este derecho fundamental supone que todas las autoridades judiciales y administrativas, dentro del ámbito de sus competencias, deben ejercer sus funciones con sujeción a los procedimientos previamente definidos en la ley, respetando las formas propias de cada juicio, a fin de que los derechos e intereses de los ciudadanos incursos en una relación jurídica cuenten con la garantía de defensa necesaria ante posibles actuaciones arbitrarias o abusivas, en el marco de la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una sanción. Bajo esa premisa, el derecho al debido proceso se manifiesta como desarrollo del principio de legalidad y como un límite al ejercicio del poder público, en la medida en que toda competencia asignada a las autoridades públicas, no puede desarrollarse sino conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, en procura de la garantía de los derechos de los administrados.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional también diferencia entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las primeras se relacionan con aquellas garantías imperceptibles que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las segundas, se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.

Pero en general en la garantía del debido proceso se define en unos puntos concretos como *"(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal". Lo anterior, con el objeto de "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"*.

⁵ Corte Constitucional C-341 de 2014.

⁶ Corte Constitucional T-957 de 2011.

También la H. Corte Constitucional explicó que es una herramienta que garantiza que las actuaciones tanto administrativas como judiciales se ajusten a derecho, aunando siempre en la protección de los derechos y garantías de los administrativos, que tiene como base fundamental el principio de legalidad por lo cual tanto la administración como los particulares deben respetar el debido proceso, que para el caso que nos ocupa es el debido proceso administrativo para que así se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado.⁷

2.2.8. Estudio del caso concreto

Como antecedentes del concurso de méritos en el cual participó la señora Einy Pilar, los términos se pueden consultar en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil ⁸, esto es el Acuerdo No. 0282 de 02 de octubre de 2012 de la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante el cual convocó a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de etnoeducadores directivos docentes y docentes que prestan su servicio educativo a población afrocolombiana negra, raizal y palenquera en establecimientos educativos oficiales de la entidad territorial certificada en educación del Departamento de Nariño "*Convocatoria Etnoeducadores Afrocolombianos No. 238 de 2012*", cuya copia también obra a folios 87 a 107 del expediente, del cual se puede establecer claramente que su objetivo es proveer las vacantes definitivas de empleos de etnoeducadores que prestan el servicio educativo para comunidades afrocolombianas negras, raizales y palenqueras en establecimientos educativos oficiales de preescolar, básica y media, ubicados en la entidad territorial certificada en educación del Departamento de Nariño y que se relacionan en el artículo 8 del acuerdo citado, con las modificaciones introducidas mediante Acuerdo 407 de 22 de abril de 2013 (Fl. 108 a 112).

También huelga recordar que el procedimiento del concurso de méritos se surtió en todas sus etapas y la conformación del listado definitivo de etnoeducadores docentes de Primaria de las instituciones educativas oficiales que atienden población afrocolombiana negra, raizal y palenquera, para el Departamento de Nariño, se materializó por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil en la Resolución No. 3425 del 23 de julio de 2015 para proveer 336 vacantes, en la cual figura la señora Einy Pilar Quiñones Obando, en la posición 128 con 58,03 puntos consolidados (Fl.114 – 118).

En el mencionado acto administrativo se estableció que el listado de elegibles tendría vigencia de dos años contados a partir de la fecha de la firmeza, la cual fue publicada el 23 de julio de 2015 y contra la cual no procedía recurso alguno, es decir que en dicha calenda se produjo su ejecutoria.

En el artículo tercero de la Resolución 3425 citada se dispuso que los elegibles deben cumplir los requisitos exigidos para el desempeño del empleo, los que se demostrarían al momento de tomar posesión y los que determinan los artículos 2.2.5.4.2., 2.2.5.7.4. y 2.2.5.7.6., de los capítulos 4 y 7 del Decreto 1083 de 2015, entre ellos el requisito adicional exigido a los etnoeducadores de

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 2015.

⁸ <https://www.cnscc.gov.co/index.php/136-a-249-de-2012-docentes-y-directivos-docentes>

territorios colectivos en el artículo 2.3.1.2.17⁹ del Decreto 1075 del 26 de mayo de 2005 del Ministerio de Educación Nacional, por el cual se expidió el Decreto Único Reglamentario de la Educación y que hace referencia al aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria para ser nombrado en la vacante correspondiente al territorio colectivo.

De lo visto se desprende que la tutela no es el escenario adecuado para cuestionar la legalidad y validez de los actos administrativos que dieron origen a la convocatoria 238 de 2012 ni a los actos posteriores que terminaron con la conformación de la lista de elegibles, por manera que no puede afirmarse que la Secretaría de Educación Departamental de Nariño vulnere el derecho al debido proceso de la accionante y tampoco que pueda prescindir del aval en el caso particular de la señora Einy Pilar Quiñones para que proceda a efectuar su nombramiento.

Como se enunció, milita prueba que determina que la señora Einy Pilar Quiñones Obando fue incluida en lista de elegibles adoptada mediante Resolución No. 3425 del 23 de julio de 2015, en la posición 128 con 58,03 puntos consolidados, porque superó las etapas de la convocatoria 238 de 2012, sin embargo dicho concurso público de méritos se desarrolló para proveer empleos vacantes de etnoeducadores Afrocolombianos, el cual se reguló por las normas contenidas en la ley 115 de 1994 y demás normas complementarias como los Decreto 3323 de 2005, 3982 de 2006, 140 de 2006 y 3445 de 2007, que sirven de fundamento a las determinaciones adoptadas en el Acuerdo No. 0282 de 02 de octubre de 2012 que contiene la convocatoria 238 de 2012 cuyo contenido tuvo que ser de conocimiento de la accionante como de los demás participantes en el proceso de méritos.

Este conocimiento de la disposición que le da génesis al concurso de méritos de etnoeducadores afrocolombianos es el soporte para afirmar que la accionante conocía no sólo los términos en que se desarrollarían las diferentes etapas del concurso sino de los requisitos previos, concomitantes y posteriores que deberían cumplirse para participar, superar el proceso y finalmente para obtener el nombramiento, entre los cuales está el aval expedido por los consejos Comunitarios de los territorios colectivos, por lo mismo no puede afirmar como lo hace en las consideraciones de la tutela que la convocatoria no establecía como requisito para el nombramiento en periodo de prueba el aval de que se trata como que tampoco se indicó que los establecimientos educativos se ubicaban o no en territorio colectivo afrodescendiente, toda vez que con la solicitud de tutela se aporta una impresión de los cargos ofertados, municipio, institución educativa, zona donde se encuentra y el tipo de población ubicado en ella (Fl. 42 -49)

Tampoco puede en sede de tutela cuestionar los parámetros de la convocatoria, la ubicación de las sedes, las condiciones en que se surtió el proceso toda vez

⁹ Decreto 1075 de 2005 - Artículo 2.4.1.2.1 Nombramiento en periodo de prueba en territorios colectivos. Integrantes de la lista de elegibles para ser nombrados en periodo prueba en cargos vacantes en los territorios colectivos contar con aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Comunitario, cual será entregado en la entidad territorial certificada dentro cinco (5) hábiles a la publicación de la lista elegibles. En caso de no contar con dicho aval no podrá ser nombrado en la vacante correspondiente al territorio colectivo. El aval será otorgado por la Junta del respectivo Consejo Comunitario y entregado a la secretaria de educación de la entidad territorial certificada por parte aspirante. (Decreto de 2005, artículo 17, modificado por el Decreto 140 de 2006, artículo 4).

que el mismo ya culminó cuando se expidió la lista de elegibles mediante Resolución No. 3425 de 23 de julio de 2015 y si considera que con tal acto administrativo se irroga un daño tuvo a su alcance la acción contencioso administrativa de Nulidad para cuestionar su legalidad.

Debe tenerse en cuenta también que la accionante participó en dos audiencias para escogencia de sede, en las cuales manifestó su intención libre y voluntaria de opcionar por el Centro Educativo San Miguel de Ñambí del Municipio de Barbacoas, ubicado en el territorio colectivo adjudicado a la Comunidad Negra Organizada en el Consejo Comunitario de Alejandro Rincón del Río Ñambí, reconocida mediante Resolución No. 2788 del 13 de diciembre de 2006, expedida por el INCODER.

Ahora bien en cuanto al tema del aval de reconocimiento cultura para el nombramiento de los etnoeducadores afrodescendientes y rizales es deseable que el mismo sea otorgado de acuerdo con la competencia territorial de cada consejo según lo prevé el artículo 4 del Decreto 140 de 2006 que modifica el artículo 17 del Decreto 3323 de 2005, como quiera que los integrantes de la lista de elegibles para ser nombrados en periodo de prueba en cargos vacantes de tales territorios colectivos deben contar con un este aval expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Consejo Comunitario, el cual debe ser entregado en la entidad territorial certificada dentro de los 5 días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegible. El artículo citado es claro al disponer que *"En caso de no contar con dicho aval no podrá ser nombrado en la vacante correspondiente al territorio colectivo"*.

Cae de su peso que el aval de reconocimiento cultura es un requisito de naturaleza legal sin el cual el aspirante a una plaza vacante en un territorio colectivo afrodescendiente negro no puede ser nombrado en periodo de prueba por el carácter imperativo que contiene la norma citada, por lo mismo, la pretensión primera para que se ordene a la Gobernación de Nariño- Secretaría de Educación Departamental que proceda a nombrar en periodo de prueba a la accionante en el Centro Educativo San Miguel de Ñambí del Municipio de Barbacoas es del todo improcedente, porque requiere del aval el cual hasta la fecha no consigue, entre otros sustentos porque la accionante no pertenece a la comunidad tal como lo afirma el respectivo representante el Consejo Comunitario en respuesta de 16 de agosto de 2017.

Al respecto se verifica que la señora Einy Pilar Quiñones Obando aportó copia de su cédula de ciudadanía que da cuenta que nació el 16 de junio de 1981 en Barbacoas, que en ese mismo lugar fue expedida su documento de identidad, que sus características físicas corresponden a la raza negra, que en la actualidad tiene 36 años de edad (fl. 15), pero estos aspectos por si solos no tienen entidad suficiente para demostrar la condición afrodescendiente o negra, dado que ella debe darse a partir de la identidad cultural real del sujeto que manifiesta su pertenencia a una determinada comunidad y de la aceptación por parte de esa comunidad de dicha pertenencia e identidad, como de su inscripción en un determinado grupo colectivo.

De otra parte, la tercera pretensión para que se nombre a la accionante en periodo de prueba en otro establecimiento Educativo del Municipio de

Barbacoas, por fuera de los territorios colectivos, tampoco es de recibo en tanto son los aspirantes quienes de manera libre y voluntaria realizan la escogencia de sede, en este caso, la accionante tuvo dos oportunidades dentro del proceso de la convocatoria 238 de 2012 para optar: La primera el 3 de diciembre de 2015 en la cual escogió dentro de las vacantes ofertadas el Centro Educativo San Miguel de Nambí del Municipio de Barbacoas y a pesar que el artículo 18 de la Resolución No. 207 de 2010 -citada por la Secretaría de Educación Departamental- que regula el proceso de las audiencias públicas para selección de plazas en instituciones educativas oficiales, se establece que la manifestación que suscriba el aspirante en el acta de escogencia de sedes no es desistible ni modificable, tuvo la oportunidad de volver a adoptar otra sede en la audiencia pública realizada el 31 de julio de 2017, ella fue agotada con el mismo señalamiento.

Debe además precisarse que la convocatoria es ley para la parte convocante y los convocados de tal suerte que sus parámetros rigieron para todos los concursantes, por consiguiente, por el solo hecho de participar en dicho proceso de selección no le otorga ninguna prerrogativa adicional a la posibilidad legítima que tiene de ocupar una de las plazas vacantes, siempre que se agoten todos y cada uno de los requisitos generales y específicos que para los mismos se exigen, en otras palabras, la accionante no se hizo acreedora a un derecho adquirido para ser escogida en el cargo al cual aspira, ello es una mera expectativa no solo para la accionante sino también para todos y cada uno de los que en dicho proceso participaron, en consecuencia no puede predicarse afectación de los derechos fundamentales al trabajo, porque se insiste lo que la accionante tiene es una mera expectativa a ocupar un cargo, por consiguiente tampoco a la seguridad social que proviene de la vinculación legal y reglamentaria que se genera por el nombramiento ya sea en periodo de prueba, provisionalidad o en propiedad.

De igual manera puede afirmarse que no se encuentra soporte ni fáctico ni jurídico del cual dimanase la presunta vulneración del derecho a la igualdad, porque no se tienen parámetros que determinen un tratamiento diferente a cualquiera de los otros aspirantes a ocupar un cargo en los establecimientos educativos ubicados en los territorios comunitarios.

Con respecto a los niños CRISTIAN ANDRES CASTILLO QUIÑONES, JUAN PABLO CASTILLO QUIÑONES Y ALIANA PILAR VENTES QUIÑONES no se hizo ninguna exposición ni argumentación de los hechos que afectan los derechos fundamentales, por lo cual se entiende que la posible incidencia es indirecta en tanto la madre podría otorgarles mejores condiciones de vida si lograra acceder al nombramiento en periodo de prueba en el cargo al cual aspira como docente de nivel primario en el Centro Educativo San Miguel de Nambí del Municipio de Barbacoas.

Todo el examen anterior permite concluir que las pretensiones de la accionante se despacharán desfavorablemente, porque no se encuentra la conducta omisiva o que por acción cause agravio a los derechos fundamentales de la accionante y que de ellos sea responsable la Secretaría de Educación Departamental de Nariño.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Pasto, Nariño, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

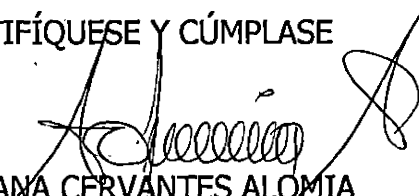
RESUELVE:

Primero: Denegar la tutela de los derechos fundamentales de la señora EINI PILAR QUIÑONES OBANDO en nombre propio y de sus menores hijos CRISTIAN ANDRES CASTILLO QUIÑONES, JUAN PABLO CASTILLO QUIÑONES Y ALIANA PILAR VENTES QUIÑONES, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo: Notifíquese de manera inmediata esta decisión a las partes, por el medio más expedito posible.

Tercero: En caso de no impugnarse esta decisión envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ADRIANA CERVANTES ALOMIA
Juez