

ACCIÓN DE TUTELA POR AMENAZA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES / INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA LEY / DERECHOS DE CARRERA DOCENTE / DIPLOMADO EN PEDAGOGÍA - Requisito / DOCENTE NOMBRADO EN PERIODO DE PRUEBA / ESTATUTO DE PROFESIONALIZACIÓN DOCENTE / PRINCIPIO DE EQUIDAD - Aplicación

[L]a Sala se ocupará de determinar si, en el caso concreto, la decisión de denegar la prórroga del plazo para acreditar el diplomado en pedagogía amenaza los derechos de carrera de [la actora]. (...) La Sala anticipa que confirmará la sentencia impugnada, que concedió el amparo solicitado, por las razones que a continuación se exponen. Primera. El artículo 12 del Decreto 1278 de 2002 establece que al terminar el año escolar, la persona nombrada en periodo de prueba será evaluada en cuanto al desempeño laboral y competencias. Si el resultado de la evaluación es satisfactorio, el docente adquiere los derechos de carrera y será inscrito en el escalafón docente. (...) Ese mismo artículo determina que si el docente tiene un título diferente al de licenciado en educación, al terminar el período de prueba (que va hasta culminar el correspondiente año escolar para el que fue nombrado), debe acreditar que cursa o terminó un posgrado o que ha realizado un programa de pedagogía (...) el docente con título diferente al de licenciado en educación debe acreditar: i) que cursa o terminó un posgrado o ii) que ha realizado un programa en pedagogía. Esa acreditación, además, debe hacerse al finalizar el año siguiente al del nombramiento en periodo de prueba, so pena de la revocatoria del nombramiento, tal y como lo concluyó la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá. Esas normas tampoco establecen alguna circunstancia que permita ampliar o prorrogar ese plazo para acreditar que se terminó el programa en pedagogía. (...) Hasta aquí, el tenor literal de las normas impondría, sin más, que si [la actora] no acredita que terminó el programa en pedagogía al finalizar el año siguiente al nombramiento en periodo de prueba, esto es, en diciembre de 2016, la consecuencia es la revocatoria del nombramiento. (...) Segunda. Sin embargo, la Sala estima que en este caso es necesario estudiar la situación concreta de [la actora], es decir, las razones por las que no podrá acreditar la terminación del programa de pedagogía en el término establecido en las normas antes mencionadas y remediar la posible injusticia que se derivaría de la aplicación literal de la ley. (...) La propia Corte Constitucional ha advertido que el juez también puede acudir a los principios generales del derecho para remediar las injusticias que pueden derivarse de la aplicación estricta y literal de las normas. Puede acudir, por ejemplo, a la equidad. (...) Conforme con lo anterior, la equidad indica que, para resolver un conflicto de manera equitativa, deben tenerse en cuenta las particularidades fácticas del caso a resolver, la situación en la que se encuentran las partes, de modo que se eviten las consecuencias injustas. (...) En el caso concreto, está probado que [la actora], mediante Resolución 1286 del 15 de julio de 2015, fue nombrada, en periodo de prueba, en el cargo de docente de matemáticas en el colegio Marruecos y Molinos. (...) La demandante no tiene título de licenciado en educación. Por lo tanto, para efectos de cumplir los requisitos previstos en el artículo 12 del Decreto 1278 de 2002, optó por realizar un programa en pedagogía, que debía acreditarlo al finalizar el año siguiente al del nombramiento en periodo de prueba, esto es, al terminar el periodo académico del año 2016. (...) Sin embargo, desde el 14 de agosto de 2015, ha debido someterse a varias cirugías. (...) Incluso, para recuperar su salud, la demandante debió seguir un plan terapéutico entre el 14 de octubre y el 2 de diciembre de 2015 y el 20 de enero y el 9 de abril de 2016. (...) Debido a las cirugías y procedimientos que se le han practicado, la [actora] no pudo iniciar el programa en pedagogía en una fecha que le permitiera acreditar ese requisito al finalizar el año siguiente al del nombramiento en periodo de prueba. Como se dijo, solo hasta al 9 de abril de 2016. (...) Ahora, según la certificación expedida por la Fundación Universitaria

Monserate, la demandante inició el programa de formación pedagógica para profesionales no licenciados el 9 de julio de 2016 y lo terminará en abril de 2017. Esa certificación demuestra que la actora se inscribió en el diplomado tan pronto terminó el plan de tratamiento terapéutico, es decir, que fue diligente en el empeño de acreditar los requisitos exigidos para la inscripción en el escalafón docente. (...) la Sala estima que, en virtud del principio de equidad y solo para el caso de [la actora], debe prorrogarse el plazo previsto en el parágrafo 1 del artículo 12 del Decreto 1278 de 2002 para presentar el certificado del diplomado hasta que termine el programa en pedagogía, pues está demostrado que problemas en su estado de salud le impidieron inscribirse a dicho programa antes del 9 de julio de 2016.(...) La aplicación estricta y literal de la ley traería como consecuencia para la demandante la pérdida de los derechos de carrera y del derecho a la inscripción en el escalafón docente. Y esa decisión no se ve como la más justa, si se tiene en cuenta la situación particular de [la actora]. Es por eso que la Sala comparte y respalda el amparo que concedió el juez de primera instancia.

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia aborda temas relacionados con la procedencia de la acción de tutela, cuando hay vulneración de derechos fundamentales y/o cuando existe amenaza o peligro cierto de vulneración, para evitar su consumación. Igualmente; aborda el tema de los Principios Generales del Derecho, y cuando acudir a ellos, si se infiere que de la aplicación estricta y literal de la ley se tome una decisión injusta, y así resolver un conflicto de manera equitativa; sobre el particular se puede consultar la sentencia, T-837 de 2002 de la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO (E)

Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil 2017

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-02323-01(AC)

Actor: ZULIA KATHERINE BARÓN SALINAS

Demandado: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO DE BOGOTÁ Y OTROS

La Sala decide la impugnación presentada por la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá contra la sentencia del 9 de diciembre de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, que resolvió:

PRIMERO.- AMPÁRASE el derecho al debido proceso de la señora Zulia Katherine Barón Salinas. En consecuencia, **ORDÉNASE** al Secretario de Educación Distrital que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a

la notificación de esta providencia acepte la certificación emitida por la Fundación Universitaria Monserrate en la que se indica que la actora terminará el “PROGRAMA DE FORMACIÓN PEDAGÓGICA PARA PROFESIONALES NO LICENCIADOS” en el mes de abril de 2017 como medio para acreditar el requisito correspondiente, sin que se afecte por dicha circunstancia, de ningún modo, su permanencia en la carrera docente.
(...)¹.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de tutela, la señora Zulia Katherine Barón Salinas pidió la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social, que estimó vulnerados por la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

1. **TUTELAR** mis derechos fundamentales constitucionales a la dignidad humana, la vida, el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo, el debido proceso administrativo, el mínimo vital, en conexidad con el derecho a la seguridad social integral y el derecho a la educación, y teniendo en cuenta mis antecedentes clínicos y hospitalarios lo cual me hace ser una persona en estado de indefensión y al encontrarme actualmente en periodo de prueba, para poder ingresar al escalafón docente en la Secretaría de Educación del Distrito Capital, con el fin de poder aportar y acreditar el PROGRAMA DE FORMACIÓN PEDAGÓGICA PARA PROFESIONALES NO LICENCIADOS, que será otorgada por la Fundación Universitaria UNIMONSERRATE, conforme a la certificación del día 19 de septiembre de 2016, allegada a la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá, pudiéndose entregar la certificación de 480 horas cursadas, al momento de ser terminado el programa en el mes de abril de 2017, con lo cual se me garantizaría los derechos que me están siendo vulnerados.
2. Que como consecuencia de lo anterior se ordene:
 - a) A la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá (...) sea tomada en cuenta y valorada la certificación del PROGRAMA DE FORMACIÓN PEDAGÓGICA PARA PROFESIONALES NO LICENCIADOS, otorgada por la Fundación Universitaria UNIMONSERRATE del día 19 de septiembre de 2016, pudiéndose entregar la certificación de 480 horas cursadas, al momento de ser terminado el programa en el mes de abril de 2017, esto debido a mi historial clínico, hospitalario y que no pude cursar sino solo hasta el 9 de julio de 2016, por cuanto estuve en un delicado estado de salud y aún sigo en tratamiento médico, tal como se desprende del recaudo probatorio que se adjunta, y tener en consideración el diagnóstico

¹ Folio 140 del expediente de tutela.

determinado por el galeno según Epicrisis del día 14 de diciembre de 2015, emitida por el Hospital Universitario San Ignacio (...).

- b) En igual sentido, deberá ordenársele que se me brinde un trámite el cual debe ser de carácter **PREFERENCIAL**, pues como bien se puede observar, se me ha estado violando los derechos fundamentales (...)²

2. Hechos

De la demanda, la Sala destaca los siguientes hechos relevantes:

Que, en el año 2013, Zulia Katherine Barón Salinas participó en el concurso de méritos abierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer las vacantes de docentes y que ocupó el puesto 71 de la lista de elegibles.

Que la señora Barón Salinas fue nombrada como docente de matemáticas para la jornada de la tarde en el colegio Marruecos y Molinos IED de Bogotá y que, el 29 de julio de 2015, aceptó el cargo.

Que, sin embargo, el 30 de julio de 2015, la actora solicitó una prórroga para tomar posesión del cargo, pues, para el 14 de agosto de 2015, tenía programada una cirugía de «*Tiroidectomía total con vaciamiento de ganglios*», en el hospital universitario San Ignacio. Que la solicitud de prórroga fue aceptada y se fijó como nueva fecha de posesión el 2 de octubre de 2015.

Que, luego de la cirugía, la demandante presentó serias complicaciones, al punto que sufrió un shock hipovolémico, que terminó en una broncoaspiración. Que, además, para facilitar el paso del aire a los pulmones, le realizaron una traqueostomía. Y que, finalmente, le practicaron una gastrostomía.

Que todos los procedimientos e intervenciones quirúrgicas practicadas produjeron una incapacidad por 111 días y, por ende, se vio obligada a solicitar otra prórroga para la posesión en el cargo de docente y nuevamente fue aceptada.

Que el 12 de enero de 2016, se presentó en Compensar para tomar posesión del cargo y al día siguiente asistió al colegio Marruecos y Molinos IED para cumplir con las funciones de docente de matemáticas, en la jornada de la tarde.

² Folios 8 (vuelto) y 9 del expediente de tutela.

Que, para la recuperación de su salud, la demandante debía realizar terapias de fonoaudiología, que le impidieron adelantar oportunamente el curso de pedagogía para profesionales no licenciados (que es uno de los requisitos previstos por el párrafo 1° del artículo 12 del Decreto 1278 de 2002³ para ingresar al escalafón docente). Que, de hecho, la actora debió seguir un plan terapéutico entre el 14 de octubre y el 2 de diciembre de 2015 y el 20 de enero y el 9 de abril de 2016.

Que, el 9 de julio de 2016, la señora Barón Salinas inició el diplomado de pedagogía en la Fundación Universitaria Monserrate, pero como tiene una duración de 8 meses, no lo terminará en diciembre de 2016, que sería la fecha en que debería acreditar ese requisito ante la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá.

Que, por lo anterior, el 3 de noviembre de 2016, la actora solicitó a la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá que prorrogara el plazo previsto en el párrafo 1° del artículo 12 del Decreto 1278 de 2002 para presentar la certificación de haber aprobado el diplomado en pedagogía.

Que la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá no accedió a tal petición, por cuanto *«es expresa la norma en establecer que el plazo máximo para tal fin, es la finalización del año académico siguiente al del nombramiento en periodo de prueba, y que el incumplimiento de tal exigencia dará lugar a la revocatoria del nombramiento por la causal consagrada en el artículo 63, literal 1) del Decreto-ley 1278 de 2002, sin contemplar excepción de ninguna naturaleza en relación con el cumplimiento de dicho término, ni la posibilidad de prorrogarlo»*⁴.

3. Argumentos de la tutela

³ Decreto 1278 de 2002, artículo 12. Nombramiento en período de prueba. La persona seleccionada por concurso abierto para un cargo docente o directivo docente será nombrada en período de prueba hasta culminar el correspondiente año escolar en el cual fue nombrado, siempre y cuando haya desempeñado el cargo por lo menos durante cuatro (4) meses.

Al terminar el año académico respectivo, la persona nombrada en periodo de prueba será sujeto de una evaluación de desempeño laboral y de competencias. Aprobado el período de prueba por obtener calificación satisfactoria en las evaluaciones, el docente o directivo docente adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Escalafón Docente, de acuerdo con lo dispuesto en el presente decreto.

Parágrafo 1. **Los profesionales con título diferente al de licenciado en educación, deben acreditar, al término del período de prueba, que cursan o han terminado un postgrado en educación, o que han realizado un programa de pedagogía bajo la responsabilidad de una institución de educación superior**, de acuerdo con la reglamentación que al respecto expida el Gobierno Nacional. (Se destaca).

⁴ Fl. 53 del expediente de tutela.

A juicio de Zulia Katherine Barón Salinas, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, al denegar la prórroga para entregar la certificación del diplomado en pedagogía, vulneró los derechos fundamentales invocados, pues aplicó el parágrafo 1° del artículo 12 del Decreto 1278 de 2002 de manera estricta, sin tener en cuenta que se presentó un caso de fuerza mayor que le impidió a la demandante terminar el diplomado en pedagogía el año académico siguiente al del nombramiento en periodo de prueba.

Que la decisión de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá es grave, pues, en últimas, implica el retiro del servicio y la pérdida del derecho a la inscripción en el escalafón docente. Que, además, la decisión es injusta, pues ni siquiera se tuvo en cuenta que la demandante ha cumplido las labores de docente de manera satisfactoria.

Que la entidad demandada desconoce que en Colombia existen dos calendarios académicos: A y B. Que la actora se inscribió al diplomado en pedagogía el 6 de julio de 2016, esto es, en el año académico siguiente al del nombramiento en periodo de prueba, tal y como lo exigía la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá. Que, por lo tanto, en palabras de la actora: *«mal haría la Entidad en este momento en discriminarme y no tenerme en cuenta tal requisito y se remita indicando que por no aportarse en el periodo académico, cuando yo lo estoy haciendo para acreditar tal requisito tal como se desprende del recaudo probatorio, sea causal para no ingresar al escalafón docente y en consecuencia me sería revocado mi nombramiento»*⁵.

4. Intervención de los demandados

4.1. Ministerio de Educación Nacional

La asesora de la oficina asesora jurídica del Ministerio de Educación Nacional alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, pues los encargados de administrar los asuntos relacionados con el personal docente son los entes territoriales. Que, además, el superior jerárquico de las secretarías de educación no es ese ministerio, sino el respectivo alcalde o gobernador.

⁵ Fl. 5.

4.2. Secretaría de Educación Distrital de Bogotá

El jefe de personal de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá solicitó que se denegara la solicitud de amparo, pues se presentó de manera prematura. Que, en efecto, la demandante sustenta la violación de derechos fundamentales en que se revocará su nombramiento y no será inscrita en el escalafón docente, pero que esas decisiones aún no se han tomado, pues no se ha adelantado ningún procedimiento para determinar la situación jurídica de la demandante respecto de su retiro o del ingreso al escalafón.

En todo caso, sostuvo que si la demandante es desvinculada del cargo de profesora de matemáticas no es una decisión caprichosa ni arbitraria, sino que obedece al cumplimiento de los requisitos previstos para el ingreso al escalafón docente y que la actora conocía desde el momento en que se inscribió al concurso. Que, de hecho, el artículo 63 del Decreto 1278 de 2002 establece como causal de retiro del servicio la revocatoria del nombramiento por no acreditar requisitos para desempeñar el empleo.

Por último, alegó que al juez de tutela no le corresponde establecer las decisiones que debe adoptar la administración en cumplimiento de las funciones que le ha asignado la ley.

5. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, mediante providencia del 9 de diciembre de 2016, amparó los derechos fundamentales de la señora Barón Salinas y, en consecuencia, ordenó al secretario de educación distrital de Bogotá que, para efectos de acreditar el requisito previsto en el párrafo 1° del artículo 12 del Decreto 1278 de 2002, aceptara la certificación expedida por la Fundación Universitaria Monserrate sobre la fecha en la que la demandante terminará el diplomado en pedagogía.

El tribunal estimó que si bien la actora debía acreditar la terminación del diplomado en pedagogía al finalizar el calendario de 2016, lo cierto es que ocurrió un caso de fuerza mayor que le impidió iniciar oportunamente el referido diplomado. Que, en efecto, a la actora le realizaron una cirugía de tiroidectomía

que presentó complicaciones y, por ende, estuvo hospitalizada hasta el 2 de diciembre de 2015.

Que si bien las normas que regulan el escalafón docente *«no establecen una excepción frente a la exigencia consistente en acreditar haber cursado un programa pedagógico dentro del año académico siguiente al del nombramiento en período de prueba, como el Principio del Mérito para acceder a los cargos del Estado es un eje central de la Constitución, el derecho al debido proceso administrativo debió considerar la circunstancia extraordinaria, debidamente probada por la actora, para permitirle demostrar en abril de 2017 la culminación del programa de que se trata»*⁶.

6. Impugnación

El jefe de la oficina de personal de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá impugnó. Solicitó que se revocara y que, en su lugar, se denegara el amparo solicitado por Zulia Katherine Barón Salinas.

En concreto, insistió en que la demandante ejerció la tutela de manera prematura, pues, actualmente, está vinculada como docente de matemáticas. Que, de todos modos, al momento de la posesión, la actora tenía pleno conocimiento de que, al finalizar el siguiente periodo escolar, debía demostrar que terminó el diplomado en pedagogía previsto en el Decreto 1278 de 2002 para que proceda el ingreso al escalafón docente.

Que la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá *«está obrando en cumplimiento de un mandato legal dado por el Decreto 1075 de 2015 y demás normas que regulan la materia, y como debe ser de su conocimiento, la Ley es de obligatorio cumplimiento y no podría ser de otro modo, ya que la misma no puede ser adaptada y aplicable de acuerdo a cada caso particular que se presente»*⁷.

Que, por último, la decisión de tutela de primera instancia desconoció el principio de seguridad jurídica y la autonomía administrativa, pues la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá ha actuado en el marco de las competencias asignadas y únicamente ha seguido el trámite previsto por la ley.

⁶ Fl. 139.

⁷ Fl. 146 (vuelto).

II. CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela. Generalidades

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, permite a todas las personas reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La acción procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el mecanismo de defensa judicial ordinario debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, debe examinar de fondo los argumentos que proponga la demandante.

2. Planteamiento y solución del problema Jurídico

Conforme con los antecedentes de esta providencia, la Sala debe determinar si prospera la impugnación presentada contra la sentencia del 9 de diciembre de 2016 o si, como lo estimó el *a quo*, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, para efectos de cumplir los requisitos previstos en el parágrafo 1° del artículo 12 del Decreto 2017 de 2002, debe aceptar el certificado de la Fundación Universitaria Monserrate, que da cuenta de que Zulia Katherine Barón Salinas terminará el diplomado en pedagogía en el mes de abril de 2017.

Previo a resolver, debe decirse que, en la impugnación, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá alegó que la acción de tutela presentada por la señora Barón Salinas es prematura, pues esa entidad aún no ha decidido sobre el retiro del servicio de la demandante o el ingreso al escalafón docente. Y que, de todos modos, si la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá retira a la actora por no cumplir los requisitos legales, lo hará en cumplimiento de las normas que regulan el ingreso al escalafón docente y, por ende, no vulnera derechos fundamentales.

En ese mismo orden, la Sala resolverá la impugnación interpuesta.

La Sala inicia por precisar que, en efecto, todas las personas pueden pedir la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando sean **vulnerados** por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. Pero no puede olvidarse que la acción de tutela no solo procede ante la violación de derechos fundamentales, sino también ante la **amenaza de vulneración**.

Debe distinguirse, por supuesto, la amenaza del riesgo. La amenaza, según la RAE, es la acción de amenazar, que, a su vez, se materializa cuando se dan indicios de estar inminente algo malo o desagradable. Como bien lo ha dicho la Corte Constitucional, la amenaza «*es una situación que objetivamente presenta un riesgo de daño y se manifiesta a través de elementos concretos y de un resultado inmediato de hechos de cierta materialidad*»⁸. En cambio, el riesgo es la mera expectativa de la ocurrencia de un daño que no se manifiesta en un hecho certero, sino aleatorio⁹. El riesgo, según la Corte Constitucional, es «*siempre algo abstracto y no produce consecuencias concretas*»¹⁰ y, por ende, no puede ampararse ni siquiera el riesgo aparente frente a derechos fundamentales. Ha dicho con acierto la Corte Constitucional¹¹:

4.8 Hay que subrayar que los riesgos sobre un derecho fundamental, en virtud de su carácter abstracto de su falta de certeza, y la ausencia de elementos objetivos que permitan predecir su inminente lesión consumada, no se pueden proteger vía acción de tutela. Nadie puede reclamar del Estado una protección especial frente a un riesgo, ya que éste es inherente a la existencia humana y a la vida en sociedad¹². Sin embargo, se debe advertir que el juez constitucional debe ser cuidadoso en la determinación de la gravedad, la certeza y la inminencia de la vulneración del derecho amenazado, ya que la frontera entre el riesgo potencial y una amenaza cierta es muchas veces difusa. Por esta razón considera la Sala que en los casos de duda el material probatorio resulta determinante¹³.

4.9 Por otra parte hay que subrayar que la amenaza es de por sí una etapa de la vulneración del derecho, pues en realidad ella misma supone comienzo de

⁸ Sentencia T-1002 de 2010.

⁹ Según la RAE, el riesgo es la contingencia o proximidad de un daño.

¹⁰ Sentencia T-1002 de 2010.

¹¹ *Ibidem*.

¹² «Es decir que no puede haber una protección judicial a los paranoicos, que sienten una amenaza frente a cualquier situación de peligro. También hay que advertir que cada sociedad valora sus propios riesgos».

¹³ «Lo anterior no significa que si se concreta una vulneración consumada que genere un daño a un derecho a partir de lo que se consideró como un simple riesgo, la persona queda desamparada, pues «*los regímenes de responsabilidad en el derecho civil y el derecho público, a los cuales se tiene acceso mediante la interposición de acciones ordinarias ante las respectivas jurisdicciones, pretende remediar o indemnizar la consumación de estos riesgos*» (Sentencia T-1101 de 2008)».

vulneración dentro de la cadena evolutiva que implica la violación de un derecho y que finaliza con la frustración definitiva del mismo, o con lo que el artículo 86 superior denomina simplemente como “vulneración” a secas. En efecto, la amenaza como elemento que envuelve ya de por sí vulneración constituye una alteración o perturbación en el goce tranquilo y pacífico del derecho y, por consiguiente, se reputa como una violación cierta del derecho, así aún no se haya consumado el daño completamente¹⁴. Es decir, la amenaza de un derecho es por si misma daño.

(...)

4.11 En suma, el riesgo al que está expuesto un derecho es una vulneración aleatoria del mismo, la amenaza es una vulneración inminente y cierta del derecho y la vulneración consumada es la lesión definitiva del derecho. Como ya se expresó, la amenaza implica de por sí inicio de vulneración del derecho y se sitúa antes de que la violación inicie su consumación definitiva pero no antes de su existencia; es decir que la amenaza presenta datos reales y objetivos que permiten prever el agravamiento inminente que conlleva la vulneración del derecho. La amenaza menoscaba el goce pacífico del derecho y, por lo tanto, es un inicio de vulneración en el sentido de que el ejercicio del derecho ya se ha empezado a perturbar. En definitiva, existe un riesgo en abstracto sobre todos los derechos, riesgo que se puede convertir en amenaza y luego en daño consumado. La diferencia entre riesgo y amenaza dependerá del material probatorio que se sustente en cada caso en particular. Hay que advertir que la acción de tutela solo es procedente en los casos de amenaza o peligro cierto de vulneración, pero no en los casos de riesgo.

En el caso concreto, la actora sustenta la demanda de tutela en el hecho de que la decisión de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá de no prorrogar el plazo para presentar el certificado de terminación del curso pedagógico podría llegar a frustrar los derechos de carrera de la actora, así como la inscripción en el escalafón docente. Eso, según la actora, amenaza los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social, pues la decisión de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá se anticipa grave e injusta, en la medida en que no tuvo en consideración el delicado estado de salud de la actora que le impidió iniciar el curso pedagógico antes del 9 de julio de 2016.

¹⁴ «Por ejemplo, no es lo mismo ser propietario de un inmueble libre que de un predio amenazado por un grupo armado. En ambos casos el derecho de propiedad permanece en cabeza del titular, sólo que en el primero el derecho está incólume y en el segundo está fastidiado en su goce tranquilo. Igualmente, es diferente habitar una vivienda que amenaza con derrumbarse por estar sobre una ladera inestable que sufre de constantes deslizamientos a habitar una que no padece tal amenaza. Del mismo modo se puede ejemplificar la tesis de la vulneración a partir de la simple amenaza, con la Sentencia T-601 de 2007, en donde la Corte expresó muy bien cómo se configura la perturbación en el goce tranquilo y pacífico de un derecho. Téngase en cuenta que el aparte citado no es técnico en la utilización del vocablo riesgo: *“Es claro que existe un riesgo real y probable en contra de las (sic) vidas (sic) y la integridad personal de la accionante y su familia, como lo reconoce el propio concepto técnico de la Administración Municipal. La situación en la que se encuentra la edificación es grave, en especial si se tiene en cuenta que el paso continuo de la (sic) aguas incrementa este riesgo. De hecho, la angustia y ansiedad que genera esta situación ha bastado para tener repercusiones sobre el ánimo y la buena salud de la accionante y de su familia”*».

A partir de lo anterior, la Sala estima que la solicitud de amparo no es prematura. Si bien a la fecha en que se presentó la demanda de tutela la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá no había tomado ninguna decisión sobre el retiro de la demandante, lo cierto es que ya había informado que no prorrogaría el término para acreditar el diplomado en pedagogía. De ahí que la actora derivara razonablemente la frustración de adquirir los derechos de carrera y de ser inscrita en el escalafón docente, pues, en efecto, si al finalizar el año escolar de 2016 no acredita el programa en pedagogía, el nombramiento será revocado.

Siendo así, la Sala estima que Zulia Katherine Barón Salinas sí estaba habilitada para ejercer la acción de tutela, por la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Enseguida, la Sala se ocupará de determinar si, en el caso concreto, la decisión de denegar la prórroga del plazo para acreditar el diplomado en pedagogía amenaza los derechos de carrera de Zulia Katherine Barón Salinas.

Las razones por las que la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá denegó la solicitud de la actora son las siguientes:

(...) no es posible acceder a su solicitud de prorrogar el plazo para la acreditación del requisito establecido en el artículo 12, parágrafo 1, del Decreto 1278 de 2002, reglamentado por el Decreto 2035 de 2005, y el artículo 3 del Decreto 2715 de 2009, que para su caso particular consiste en la realización de un programa de pedagogía bajo la responsabilidad de una institución de educación superior, pues al respecto es expresa la norma en establecer que el plazo máximo para tal fin, es la finalización del año académico siguiente al del nombramiento en periodo de prueba, y que el incumplimiento de tal exigencia dará lugar a la revocatoria del nombramiento por la causal consagrada en el artículo 63, literal 1) del Decreto-ley 1278 de 2002, sin contemplar excepción de ninguna naturaleza en relación con el cumplimiento de dicho término, ni la posibilidad de prórroga.

Corolario de lo anterior y atendiendo a las competencias específicas de esta oficina, resulta improcedente posponer la fecha para acreditar la realización del programa de pedagogía que debía cursar, en consideración a la incapacidad que, según aduce, le impidió iniciar el programa de formación pedagógica, no solo porque ello contraría la normatividad vigente sobre la materia, sino porque sería violatorio del derecho a la igualdad de los demás docentes que se supeditan al cumplimiento de un término, que, aunque perentorio, es más que suficiente para satisfacer el requisito de que tratan las precitadas disposiciones.

De la misma manera me permito recordarle que la fecha máxima para la acreditación del requisito adicional como profesional no licenciado es al

finalizar el calendario académico de 2016 en razón a que su nombramiento en periodo de prueba se efectuó en el año 2015, según resolución 1286 del 15 de julio de 2015.

Como se ve, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá no prorrogó el plazo para acreditar la terminación del diplomado en pedagogía, porque el Decreto 1278 de 2002 establece que debe acreditarse al momento de terminar el periodo de prueba y no prevé prórrogas ni plazos adicionales. Que, además, las incapacidades médicas de la actora no justifican la prórroga, pues se desconocería el derecho a la igualdad de los demás docentes que sí cumplirán los requisitos específicos en el plazo previsto por el Decreto 1278 de 2002.

La Sala anticipa que confirmará la sentencia impugnada, que concedió el amparo solicitado por Zulia Katherine Barón Salinas, por las razones que a continuación se exponen.

Primera. El artículo 12 del Decreto 1278¹⁵ de 2002 establece que al terminar el año escolar, la persona nombrada en periodo de prueba será evaluada en cuanto al desempeño laboral y competencias. Si el resultado de la evaluación es satisfactorio, el docente adquiere los derechos de carrera y será inscrito en el escalafón docente. (...) Ese mismo artículo determina que si el docente tiene un título diferente al de licenciado en educación, al terminar el período de prueba (que va hasta culminar el correspondiente año escolar para el que fue nombrado), debe acreditar que cursa o terminó un posgrado o que ha realizado un programa de pedagogía. En efecto, el artículo 12 del Decreto 1278 de 2002¹⁶ es del siguiente tenor:

Artículo 12. Nombramiento en período de prueba. La persona seleccionada por concurso abierto para un cargo docente o directivo docente será nombrada en período de prueba hasta culminar el correspondiente año escolar en el cual fue nombrado, siempre y cuando haya desempeñado el cargo por lo menos durante cuatro (4) meses.

Al terminar el año académico respectivo, la persona nombrada en periodo de prueba será sujeto de una evaluación de desempeño laboral y de competencias. Aprobado el período de prueba por obtener calificación satisfactoria en las evaluaciones, el docente o directivo docente adquiere los

¹⁵ «Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente».

¹⁶ El artículo 12 del Decreto Ley 1278 de 2002 fue reglamentado por el Decreto 2035 de 2005, que, en general, establece los objetivos y los requisitos del programa de pedagogía que deben acreditar los profesionales con título diferente al de licenciado en educación al término del período de prueba, los objetivos del programa en pedagogía, la duración y metodología del programa, entre otros asuntos.

derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Escalafón Docente, de acuerdo con lo dispuesto en el presente decreto.

Parágrafo 1. Los profesionales con título diferente al de licenciado en educación, deben acreditar, al término del período de prueba, que cursan o han terminado un postgrado en educación, o que han realizado un programa de pedagogía bajo la responsabilidad de una institución de educación superior, de acuerdo con la reglamentación que al respecto expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2. Quienes no superen el período de prueba serán separados del servicio, pudiéndose presentar de nuevo a concurso cuando haya otra convocatoria.

En el mismo sentido, el artículo 3 del Decreto 2715 de 2009, que establece los requisitos exigidos para tener derecho a la inscripción en el escalafón docente, señala:

Artículo 3. Nombramiento en propiedad e inscripción en el Escalafón Docente. Tiene derecho a ser nombrado en propiedad e inscrito en el Escalafón Docente el normalista superior, tecnólogo en educación, profesional licenciado en educación o profesional con título diferente al de licenciado en educación que haya sido vinculado mediante concurso, superado satisfactoriamente el periodo de prueba y cumplido los requisitos previstos en la Ley para este fin.

El profesional con título diferente al de licenciado en educación debe acreditar, adicionalmente, que cursa o ha terminado un postgrado en educación, o que ha realizado un programa de pedagogía bajo la responsabilidad de una institución de educación superior en los términos del Decreto 2035 de 2005 y de las normas que lo modifiquen. Dicha acreditación se debe efectuar a más tardar al finalizar el año académico siguiente al del nombramiento en período de prueba. El incumplimiento de esta exigencia dará lugar a la revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para desempeñar el empleo, de conformidad con el artículo 63, literal 1) del Decreto Ley 1278 de 2002.

Parágrafo 1. En el acto administrativo de nombramiento en propiedad de un docente o directivo docente, el nominador ordenará la inscripción en el Escalafón Docente y dispondrá el registro correspondiente.

Parágrafo 2. Cuando se hubiere expedido un acto administrativo de nombramiento en propiedad de un docente o directivo docente sin haber ordenado expresamente la inscripción en el Escalafón Docente, dicha inscripción se entenderá realizada y producirá efectos a partir de la fecha de posesión del nombramiento en propiedad. En tal evento, la entidad territorial certificada respectiva actualizará el registro de la novedad dentro de los tres (3) meses siguientes a la expedición del presente decreto. (Se resalta).

Es cierto, entonces, que el docente con título diferente al de licenciado en educación debe acreditar: **i)** que cursa o terminó un posgrado o **ii)** que ha realizado un programa en pedagogía. Esa acreditación, además, debe hacerse al finalizar el año siguiente al del nombramiento en periodo de prueba, so pena de la

revocatoria del nombramiento, tal y como lo concluyó la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá. Esas normas tampoco establecen alguna circunstancia que permita ampliar o prorrogar ese plazo para acreditar que se terminó el programa en pedagogía.

Hasta aquí, el tenor literal de las normas impondría, sin más, que si Zulia Katherine Barón Salinas no acredita que terminó el programa en pedagogía al finalizar el año siguiente al nombramiento en periodo de prueba, esto es, en diciembre de 2016¹⁷, la consecuencia es la revocatoria del nombramiento.

Segunda. Sin embargo, la Sala estima que en este caso es necesario estudiar la situación concreta de Zulia Katherine Barón Salinas, es decir, las razones por las que no podrá acreditar la terminación del programa de pedagogía en el término establecido en las normas antes mencionadas y remediar la posible injusticia que se derivaría de la aplicación literal de la ley.

La propia Corte Constitucional ha advertido que el juez también puede acudir a los principios generales del derecho para remediar las injusticias que pueden derivarse de la aplicación estricta y literal de las normas. Puede acudirse, por ejemplo, a la equidad¹⁸. Sobre este principio general del derecho, la Corte Constitucional, en la sentencia T 837 de 2002, precisó:

5.3 Lugar y función de la equidad en el derecho. Las anteriores consideraciones de la Corte Constitucional abordan la cuestión del lugar y la función de la equidad dentro del derecho. Básicamente, el lugar de la equidad está en los espacios dejados por el legislador y su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto. La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley a un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que éste se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir cómo hubiera obrado el legislador. En la primera hipótesis la equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia.

¹⁷ Mediante resolución 1286 del 15 de julio de 2015, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá nombró a la demandante en periodo de prueba.

¹⁸ El artículo 230 de la Constitución Política establece: «*jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*».

Estos elementos generales bastan para ilustrar la complejidad del tema. En las máximas latinas usualmente citadas está presente esta idea de la función de la equidad. Por ejemplo, el proverbio en el sentido de que el derecho aplicado al extremo puede conducir a una gran injusticia (*summum ius, summa iniuria*) refleja la necesidad de mitigar el rigor de la ley en ciertos casos, es decir, no guiarse estrictamente por el criterio *dura lex, sed lex*. La máxima según la cual la equidad aconseja cuando carezcamos de derecho (*aequitas suggerit, ubi iure deficiamus*) indica la función integradora de la equidad. Sin embargo, la distancia entre el derecho y la equidad no debería ser tan grande, al tenor de otra conocida máxima: en derecho hay que buscar siempre la equidad, pues de otro modo no sería derecho (*ius semper quaerendum est equabile, neque enim aliter ius esset*).^[17]

Las consideraciones anteriores no apuntan a señalar hitos históricos en la evolución del concepto, sino que son pertinentes en la medida en que indican tres rasgos característicos de la equidad. El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes – sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial – es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación. De lo anterior también se concluye que decidir en equidad no es, de ninguna manera, decidir arbitrariamente. Al contrario, la equidad busca evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal. (Resalta la Sala).

Conforme con lo anterior, la equidad indica que, para resolver un conflicto de manera equitativa, deben tenerse en cuenta las particularidades fácticas del caso a resolver, la situación en la que se encuentran las partes, de modo que se eviten las consecuencias injustas.

Tercera. En el caso concreto, está probado que Zulia Katherine Barón, mediante Resolución 1286 del 15 de julio de 2015, fue nombrada, en periodo de prueba, en el cargo de docente de matemáticas en el colegio Marruecos y Molinos.

La demandante no tiene título de licenciado en educación. Por lo tanto, para efectos de cumplir los requisitos previstos en el artículo 12 del Decreto 1278 de 2002, optó por realizar un programa en pedagogía, que debía acreditarlo al finalizar el año siguiente al del nombramiento en periodo de prueba, esto es, al terminar el periodo académico del año 2016.

Sin embargo, desde el 14 de agosto de 2015, Zulia Katherine Barón Salinas ha debido someterse a varias cirugías, así: **a)** «*Tiroidectomía total con vaciamiento de ganglios*», **b)** traqueostomía y **c)** gastrostomía. Incluso, para recuperar su salud, la demandante debió seguir un plan terapéutico entre el 14 de octubre y el 2 de diciembre de 2015 y el 20 de enero y el 9 de abril de 2016¹⁹.

Debido a las cirugías y procedimientos que se le han practicado, la señora Barón Salinas no pudo iniciar el programa en pedagogía en una fecha que le permitiera acreditar ese requisito al finalizar el año siguiente al del nombramiento en periodo de prueba. Como se dijo, solo hasta al 9 de abril de 2016, la actora terminó el plan terapéutico que debió seguir después de las cirugías.

Ahora, según la certificación expedida por la Fundación Universitaria Monserrate, la demandante inició el programa de formación pedagógica para profesionales no licenciados el 9 de julio de 2016 y lo terminará en abril de 2017. Esa certificación demuestra que la actora se inscribió en el diplomado tan pronto terminó el plan de tratamiento terapéutico, es decir, que fue diligente en el empeño de acreditar los requisitos exigidos para la inscripción en el escalafón docente.

Justamente por lo anterior, la Sala estima que, en virtud del principio de equidad y solo para el caso de Zulia Katherine Barón Salinas, debe prorrogarse el plazo previsto en el parágrafo 1° del artículo 12 del Decreto 1278 de 2002 para presentar el certificado del diplomado hasta que termine el programa en pedagogía, pues está demostrado que problemas en su estado de salud le impidieron inscribirse a dicho programa antes del 9 de julio de 2016.

La aplicación estricta y literal de la ley traería como consecuencia para la demandante la pérdida de los derechos de carrera y del derecho a la inscripción en el escalafón docente. Y esa decisión no se ve como la más justa, si se tiene en cuenta la situación particular de Zulia Katherine Barón Salinas. Es por eso que la Sala comparte y respalda el amparo que concedió el juez de primera instancia.

No prospera, entonces, la impugnación interpuesta por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá. Por lo tanto, se impone confirmar la sentencia impugnada.

¹⁹ En el expediente se encuentran los planes de tratamiento y evolución terapéutica, con la descripción detallada de las actividades que se hicieron en cada sesión.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA

- 1. Confirmar** la sentencia del 9 de diciembre de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- 2. Enviar** el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Presidenta de la Sección

MILTON CHAVES GARCÍA

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ