



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE SOLEDAD
SOLEDAD – VEINTICINCO (25) DE ABRIL DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024)**

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RAD:2024-0073 (T02-2024-00082-01 S.I.)
ACCIONANTE: NELSI EMILSE FONSECA ZABALETA
ACCIONADO: MUNICIPIO DE MALAMBO

ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a resolver la impugnación en contra del fallo de primera instancia proferido el 13 de marzo de 2024 por el JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUNICIPAL DE MALAMBO, dentro de la acción de tutela impetrada por NELSI EMILSE FONSECA ZABALETA en contra de MUNICIPIO DE MALAMBO, por la presunta violación de su derecho fundamental al TRABAJO, MINIMO VITAL Y DEBIDO PROCESO con fundamento en los siguientes:

HECHOS

Manifiesta el accionante en el libelo incoatorio lo siguiente:

1. Mediante resolución No. 0297 de fecha 20 de junio 2017 se nombró en provisionalidad a una docente (la suscrita Nelsi Emilse Fonseca Zabaleta con cédula de ciudadanía 32.731.018) en una vacante temporal de la planta global de cargos de la secretaria de educación municipal de Malambo.
2. El mencionado nombramiento se da en reemplazo de la docente Lisbeth Amparo Candanoza Palma, identificada con cédula de ciudadanía 32.611.784, a partir del 27 de junio del 2017, cuya fuente de financiación será la disponibilidad presupuestal de la docente titular Diana Isabel Coronado Lebolo, identificada con cédula de ciudadanía: 32.671.923, a quien se le concedió el encargo como coordinadora.
3. En virtud de dicho nombramiento inicié labores en la Institución Educativa Nuestra Señora De La Candelaria en el municipio de Malambo Atlántico a partir del día 27 de junio de 2017, las cuales se extendieron por un periodo de 6 años 4 meses y 20 días con ocasión de mi desvinculación el día 16 de noviembre de 2023.
4. El día 16 de noviembre de 2023 fui notificada a través de mi correo electrónico de mi desvinculación laboral mediante comunicación de la misma fecha, en cual se me indicó que debía dirigirme a las instalaciones de la Secretaría de Educación del Municipio de Malambo el 21 de noviembre de 2023 a las 10:00 a.m., para realizar los trámites pertinentes a mi desvinculación.
5. Tal como se me indicó el día 16 de noviembre de 2023, me dirigí a las instalaciones de la Secretaría de Educación del Municipio de Malambo donde me notificaron de manera presencial del decreto Nro. 900 de fecha 2 de noviembre de 2023, notificación 17 de noviembre de 2023, por medio de la cual quedaba desvinculada de la institución Educativa Nuestra Señora de la Candelaria a partir del 21 de noviembre de 2023.
6. El motivo argumentado para mi desvinculación fue que a la docente a la cual venía reemplazando en provisionalidad se le dio por terminado el encargo que venía desempeñando como coordinadora y por tanto debía regresar a su cargo base como docente en propiedad, sin embargo, la docente DIANA ISABEL CORONADO LEBOLO no regresó a su cargo de docente de aula en la Institución Educativa Nuestra Señora de la Candelaria en Malambo, porque inmediatamente fue nombrada en periodo de prueba en el cargo de COORDINADORA de la misma institución en virtud del concurso docente realizado en el cual concursó y ganó la plaza que venía desempeñando en encargo como coordinadora.
7. Para mi sorpresa fui desvinculada aun cuando la plaza quedaba vacante pues la profesora a quien correspondía la docente Diana Isabel Coronado Lebolo, fue nombrada en periodo de prueba en su nuevo cargo de coordinadora de la misma institución, para en su lugar ser reemplazada por otra docente nombrada en provisionalidad, la señora Dollys Yerlys Gómez Rodríguez.
8. La plaza de la docente DIANA ISABEL CORONADO LEBOLO, de la cual era titular, y en la cual como consecuencia de su encargo en el cargo de Coordinadora Grado 14, fui nombrada en su plaza como docente de aula, a partir del 27 de junio de 2017.

9. La plaza de Coordinadora Grado 14 de la institución educativa nuestra señora de la candelaria fue ofertada en OPEC para proveer cargos de docentes y directivos docentes convocada por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, la cual fue ganada por la docente DIANA ISABEL CORONADO LEBOLO, en cuyo cargo fue nombrada en periodo de prueba, su plaza de docente de aula que la suscrita venía desempeñando, fue provista en provisionalidad con la docente Dollys Yerlys Gómez Rodríguez, desconociendo el derecho preferente, toda vez que dicho cargo lo venía desempeñando también en provisionalidad.
10. Como consecuencia de la continuidad de dicha vacancia, a la suscrita le asistía un mejor derecho para continuar ejerciendo dicho cargo por el tiempo que dure el periodo de prueba de la docente Coronado Lebolo, toda vez que dicho cargo lo venía desempeñando la suscrita, y no ser provisto en provisionalidad por otra docente, vulnerándose derechos fundamentales, toda vez que la suscrita reúne todos los requisitos para ejercer en provisionalidad dicho cargo.
11. Aunado a lo anterior, encontramos que la suscrita, además de docente y estar ejerciendo el cargo de docente de aula del cual era titular la docente Diana Isabel Coronado Lebolo, también aporte historia clínica con diagnóstico Isquemia cerebral transitoria - ACV Transitorio mediante escrito de fecha 28 de septiembre de 2023, del cual venía recibiendo tratamiento y que para la fecha de desvinculación se me habían ordenado la realización de varias sesiones de terapias.
12. La plaza de Coordinadora Grado 14 de la institución educativa nuestra señora de la candelaria fue ofertada en OPEC para proveer cargos de docentes y directivos docentes convocada por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, y el cargo de docente de aula del cual es titular la DIANA ISABEL CORONADO LEBOLO, no fue convocado a concurso de mérito, esto no quiere decir que mi estado o condición riña con el concurso público de méritos.
13. De conformidad con el párrafo 2 del ARTÍCULO 2.4.6.3.12 del Decreto 1075 del 2015, "PARÁGRAFO 2. Antes de dar por terminado el nombramiento provisional por alguno de los criterios definidos en el numeral 1 del presente artículo y de existir otra vacante definitiva de docente de aula o docente orientador, la autoridad nominadora hará de inmediato el traslado del docente provisional a una nueva vacante definitiva sin consultar el aplicativo de que trata el artículo 2.4.6.3.11 del presente decreto. Este traslado debe garantizar la vinculación del docente provisional sin solución de continuidad"

PRETENSIONES

1-. Se tutelen mis derechos fundamentales, **AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, DERECHO AL MÍNIMO VITAL, AL TRABAJO, AL MERITO Y ACCESO A LA CARRERA DOCENTE.**

2. Se ordene al señor Alcalde del municipio de Malambo - Secretaría de Educación Municipal de Malambo, me reintegre al cargo docente en provisionalidad o en un cargo equivalente o superior al mismo en la misma dependencia u otra dependencia, que venía desempeñado en la Institución Educativa Nuestra Señora de la Candelaria.

3. Se ordene el pago de todos los salarios, prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de mi desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada

DE LA ACTUACIÓN

La acción de tutela fue admitida por el JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUNICIPAL DE MALAMBO a través de auto adiado 28 de febrero de 2024, ordenándose oficiar a la accionada para que rindiera un informe sobre los hechos de la acción de tutela. Además, vincula al trámite a LISBETH AMPARO CANDANOZA PALMA, identificada con cédula de ciudadanía No. 32.611.784, DIANA ISABEL CORONADO LEBOLO, identificada con cédula de ciudadanía No. 32.671.923, INSTITUCIÓN EDUCATIVA NUESTRA SEÑORA DE LA CANDELARIA, señora DOLLYS YERLYS GÓMEZ RODRÍGUEZ, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

INFORME COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica manifestó:

Solicitó sean amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad, mérito, mínimo vital y como consecuencia a lo anterior, ordena a la Alcaldía del Municipio de Malambo - Secretaría de Educación, reintegre a la hoy accionante, al cargo docente en provisionalidad o en un cargo equivalente o superior u otra dependencia, que venía desempeñado en la Institución Educativa Nuestra Señora de la Candelaria.

Ante las pretensiones anteriormente descritas es preciso señalar que, con fundamento en lo que se va exponer, las actuaciones adelantadas por la CNSC se encuentran ajustadas a derecho y no existe vulneración a los derechos fundamentales de la accionante, luego, las pretensiones no están llamadas a prosperar, de ahí que, se solicita negar la presente Acción de Tutela o que la misma se declare improcedente.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano oficial de rango constitucional garante de la protección del sistema de mérito en el empleo público, de conformidad con lo consagrado en el artículo 130 de la Constitución Política, es la entidad del Estado responsable de la administración y vigilancia de los sistemas de carrera, con excepción de los de origen constitucional.

La Corte Constitucional, declaró la exequibilidad del numeral 3° del artículo 4° de la Ley 909 de 2004 mediante Sentencia C-1230 de 2005, y con ello, precisó que la administración y vigilancia de los sistemas específicos y especiales de carrera administrativa de origen legal, corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante CNSC.

Así mismo, mediante la Sentencia C-175 de 2006, la Corte Constitucional declaró exequible la frase "el que regula el personal docente", contenida en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 909 de 2004, artículo éste que establece que las disposiciones contenidas en dicha ley se aplicarán con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que rige a los servidores públicos de las carreras especiales.

En virtud de las sentencias antes citadas, la Corte Constitucional señaló expresamente como competencia constitucional de la CNSC la de administrar y vigilar la carrera docente, por tratarse un sistema especial de carrera de origen legal.

Orientaciones generales sobre la desvinculación de los docentes provisionales

El Ministerio de Educación Nacional, en la Circular No. 24 del 21 de julio de 2023, estableció las orientaciones generales sobre elementos a tener en cuenta para garantizar la vinculación sin solución de continuidad de los docentes provisionales cuando sea aplicable, la cual contendrá los antecedentes, marco normativo y orientaciones que se les dará a los entes territoriales certificados en educación. En ella se establece que:

*"En concordancia de lo anterior, es correcto indicar que el artículo 2.4.6.3.10 del Decreto 1075 de 2015, reitera lo ya señalado en el Decreto Ley 1278 de 2002 e indica que el **nombramiento provisional aplica para la provisión transitoria de cargos docentes que se hallen en vacancia temporal o definitiva**, atendiendo los requisitos del cargo definidos en el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias Resolución 3842 del 18 de marzo de 2022, a través de acto administrativo expedido por el ente nominador. (Negrita y subrayado por fuera del texto)*

*Así mismo, establece que, en los casos de las vacantes temporales, **tendrán prioridad de nombramiento provisional. los miembros de la lista de elegibles vigente según su orden**, cuya aceptación no los excluye de la misma; ahora si los elegibles no aceptan, la entidad territorial certificada puede nombrar una persona que cumpla los requisitos del cargo definidos en el Manual mencionado". (Negrita y subrayado por fuera del texto)*

De lo anteriormente expuesto, se deduce que, los cargos en nombramiento provisional son transitorios y la prioridad del nombramiento se encuentra en la lista de elegibles vigente, las cuales son ofertadas en el presente proceso de selección.

Adicionalmente, la Circular No. 24 referenciada en líneas anteriores, es clara en afirmar que:

*" (...) **las entidades territoriales certificadas en educación, deben adelantar acciones afirmativas antes de dar por terminados los nombramientos provisionales, con ocasión del nombramiento en periodo de prueba de quienes superan el proceso de selección y se ubican en posición meritória, en especial para los casos de especial protección, en que se debe garantizar a los docentes provisionales, en la medida de lo posible, su vinculación sin solución de continuidad**, se hace necesario establecer de manera previa, un orden de protección conforme a las líneas jurisprudenciales emitidas por las altas cortes frente al particular."*

Por tanto, son las entidades territoriales certificadas en educación quienes tienen la competencia para adelantar las acciones afirmativas para los docentes vinculados en calidad de provisional, **en la medida de lo posible**, tras el nombramiento en periodo de prueba de los docentes que se encuentren en lista de elegibles.

Es así como, la circular es clara en afirmar que "una vez agotado todo lo anterior, **y se identifique que no fue posible mantener la vinculación del docente provisional, mediante acto administrativo motivado se procederá a la terminación del nombramiento provisional**. La efectividad de la terminación del nombramiento provisional será la fecha en que el docente con derechos de carrera o el elegible nombrado en periodo de prueba asuma efectivamente las funciones del cargo".

Adicionalmente, la Circular 040 del 29 de noviembre de 2023, emitida por el Ministerio de Educación Nacional, establece que:

*" (...) las Entidades Territoriales Certificadas en Educación den aplicación, y puedan efectuar la provisión de las vacantes temporales con docentes desvinculados producto del concurso que se encuentren con estabilidad laboral reforzada en alguno de los órdenes de protección previamente señalados antes de su desvinculación o cuenten con un significativo número de años de experiencia, **previamente deberá validar que no exista lista de elegibles vigente**, para el cargo nivel o área en la misma zona (Rural o No Rural)".*

Así que, de lo anteriormente señalado se concluye que, el ente nominador está en la obligación de nombrar y posesionar a quien por mérito obtuvo su derecho; y de la misma manera, tomar acciones afirmativas a favor de los sujetos de especial protección constitucional, en caso de que existan vacantes para ello. Sin embargo, es preciso indicar que, para el presente proceso de selección, la lista de elegibles que compone la oferta pública de empleo de carrera -OPEC- es mayor al número de vacantes.

En ese sentido, es dable señalar que el Proceso de Selección No. 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 3076 de 2022 - Directivos Docentes y Docentes contó con la participación de **401.245** inscritos, de los cuales **70.330** aspirantes harán parte de las **2.428** listas de elegibles, para la provisión de **37.480** vacantes para todo el territorio nacional; y en este sentido, merecen sea respetada su posición en dicha lista y ocupar una vacante.

En este punto vale la pena traer a colación el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, mediante radicado 2016-001232, del 22 de noviembre del 2023, el cual menciona que:

*" (...) no puede olvidarse que, tratándose de concursos de méritos, para el ingreso a una determinada entidad, se encuentran debidamente reglamentados en la normatividad vigente. Por tanto, **la convocatoria suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes: esta, a su vez, se realiza determinando los cargos que van a ser llamados a proveer, por lo que deben respetarse plenamente todas las etapas que el mismo consagra, conforme a las pautas dispuestas y dadas a conocer previamente a todos los participantes quienes aceptan tales disposiciones.***

Vale resaltar que la accionante era conocedora de las reglas y requisitos exigidos para hacer parte del concurso, estando desde el inicio en igualdad de condiciones con los otros participantes, pudiendo presentar las pruebas escritas - como lo hizo - para con ello poder acceder al cargo que según ella requiere para mantener su calidad de vida y la de su núcleo familiar; oportunidad que no pudo ser favorable a sus intereses ante la no aprobación de las pruebas, quedando por tanto excluida del concurso.

INFORME SECRETARIA DE EDUCACION MALAMBO

LUIS CARLOS RIQUET ALEMAN en calidad de secretario de educación, manifestó:

Por medio de la Resolución No. 0297 del 2017, la Secretaría de Educación municipal de Malambo, nombró en provisionalidad en vacancia temporal a la señora **NELSI EMILSE FONSECA ZABALETA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 32.731.018, en el cargo de docente de aula en la Institución Educativa Nuestra Señora de la Candelaria, en reemplazo de la docente titular **DIANA ISABEL CORONADO LEBOLO**, quien fue encargada como directivo docente coordinadora mediante Resolución No. 0093 de 2017.

Por tratarse de una vinculación en vacancia temporal, su nombramiento provisional sería por el tiempo que durara la respectiva situación administrativa que generó dicha vacancia del docente titular, de conformidad con lo establecido en el artículo 2,4,6,3,12 del decreto 1075 del 2015 modificado por el artículo 11 del Decreto 2105 del 14 de diciembre de 2017.

Seguidamente a través del Decreto No. 892 del 2023, se dio por terminado unos encargos de unos directivos docentes y docentes de aula, que se venían desempeñando como rectores y coordinadores respectivamente dentro de la planta de cargos de la Secretaría de Educación de Malambo, por cuanto se hizo necesario nombrar en periodo de prueba a los docentes y directivos docentes que ganaron el concurso de méritos con ocasión a las convocatorias N° 2150 a 2237 del 2021 y 2316 del 2022 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entre ellos el de la docente **DIANA ISABEL CORONADO LEBOLO**, quien venía desempeñándose como coordinadora (E) en el Establecimiento Educativo Nuestra Señora de la Candelaria, por lo que esta debió regresar a su cargo base como docente de aula en propiedad, y en consecuencia a través del Decreto No. 900 del 2023, finalizaron los nombramientos en provisionalidad en vacancia temporal de los docentes nombrados en provisionalidad entre ellos el de la señora **NELSI EMILSE FONSECA ZABALETA**.

Por su parte, es oportuno anotar que la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de la Resolución No. 11115 del 13 de septiembre de 2023, conformó la lista de elegibles para el empleo denominado de directivo docente coordinador, quedando la docente **DIANA ISABEL CORONADO LEBOLO**, en la posición No. 2, en ese sentido mediante Decreto No. 894 del 2 de noviembre 2023, la referida docente fue nombrada en periodo de prueba en el cargo de directivo docente coordinador en la Institución Educativa Nuestra Señora de la Candelaria del Municipio de Malambo.

Lo anterior en concordancia con el Decreto ley 1278 de 2002, el cual señala:

ARTÍCULO 11. Provisión de cargos. Cuando se produzca una vacante en un cargo docente o directivo docente, el nominador deberá proveerla mediante acto administrativo con quien ocupe el primer lugar en el respectivo listado de elegibles del concurso. Sólo en caso de no aceptación voluntaria de quien ocupe el primer lugar, se podrá nombrar a los siguientes en estricto orden de puntaje y quien rehúse el nombramiento será excluido del correspondiente listado.

Parágrafo. Los listados de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años, contados a partir de su publicación.

En virtud de lo anterior, la docente **DIANA ISABEL CORONADO LEBOLO**, solicitó vacancia temporal del cargo de docente de aula, para poder asumir en periodo de prueba el cargo por el cual fue nombrada mediante Decreto No. 894 de 2023, la cual fue concedida por medio de la expedición de un nuevo acto administrativo, esto es Resolución No. 1481 del 16 de noviembre de 2023.

IV. CUESTIONES DE FONDO RELACIONADAS CON EL PROBLEMA JURÍDICO EN DEBATE

En relación con el retiro de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, el Decreto 1083 de 2015, establece:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados".

Así las cosas, se considera que al momento de dar por terminado un nombramiento provisional, teniendo en cuenta que el titular con derechos de carrera regresa a desempeñar el mismo empleo como consecuencia del vencimiento de la vacancia temporal, se deberá motivar el respectivo acto administrativo, con los argumentos que llevan a la Administración a adoptar tal decisión, es decir, que el retiro en el presente caso, se origina por una causa legal objetiva de retiro del servicio, relativa a la finalización de la situación administrativa de la docente titular, tal como se estableció en el Decreto No. Decreto No. 892 del 2023, por el cual finalizó el encargo como coordinadora de la docente de aula **DIANA ISABEL CORONADO LEBOLO**, por las razones arriba mencionadas.

A su vez, es importante destacar que, la ley 909 de 2004, indica:

"ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal.

Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

Lo anterior nos indica que quien sea nombrado con carácter provisional para desempeñar un empleo de carrera vacante en forma temporal, podrá permanecer en el ejercicio del mismo sólo hasta el momento en que se produzca la terminación de la causa que originó tal vacancia y, en consecuencia, su titular, con derechos de carrera, asuma su ejercicio. Es decir que el nombramiento en provisionalidad será por el término de la situación administrativa en la que se encuentre el servidor que tiene derechos de carrera como titular del empleo.

Por consiguiente, el nombramiento provisional que se efectúe en un empleo de carrera vacante temporalmente, de conformidad con la ley, **sólo subsistirá por el término de la vacancia**, lo cual conlleva el retiro inmediato del empleo que se ejerce mediante la provisionalidad, con el fin de que su titular lo asuma –Artículo 25 de la ley 909 de 2004.

Por otro lado, se observa que la accionante, pretende que, por vía de tutela, se preserven sus derechos fundamentales reclamados, no siendo cierto, por cuanto no existe violación alguna de los mismos por parte de la ALCALDÍA MUNICIPAL DE MALAMBO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, toda vez que el actor, lo que intenta es que se resuelva por este medio constitucional.

En cuanto a las pretensiones contenidas en la acción de tutela se tiene que no son procedentes, por tanto solicitado se sirva desestimarlas, fundada en las siguientes razones: La acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas.

Por otro lado, la actora no acredita encontrarse en un riesgo inminente que genere un perjuicio irremediable que haga viable la acción de Tutela como mecanismo transitorio, por lo tanto, cuenta con otro mecanismo de defensa a los cuales debe recurrir para controvertir los actos administrativos en comento.

Este despacho solicita declarar la improcedencia de la acción de la referencia conforme a los siguientes presupuestos:

La tutela solo procede en los casos en que no exista acción prevista para la protección del derecho fundamental vulnerado o puesto en peligro, salvo que se trate de un hecho en que la acción, no es eficaz frente a la protección solicitada, es decir, se trate de un perjuicio irremediable, perjuicio que el tutelante invoca.

El artículo 6°. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. Se entiende por irremediable el perjuicio que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización".

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

JUZGADO SEGUNDO PROMISCOO MUNICIPAL DE MALAMBO, mediante providencia del 13 de marzo de 2024, resolvió declarar improcedente el amparo invocado en atención a que no cumple el requisito de subsidiariedad.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte accionante presentó impugnación asegurando que el fallo debe ser revocado, atendiendo lo siguiente:

Nelsi Emilse Fonseca Zabaleta <nelsi.fonseca@hotmail.com>

Mar 19/03/2024 11:20 AM

Para: Juzgado 02 Promiscuo Municipal - Atlántico - Malambo <j02prmpalmambo@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (250 KB)

IMPUGNACIÓN.pdf:

Buenos días,

En virtud del fallo de tutela notificado el pasado jueves 14 de marzo, me permito presentar dentro del término legal, IMPUGNACIÓN en contra de la sentencia adiada 13 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Malambo.

Cordialmente,

NELSI EMILSE FONSECA ZABALETA

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo preceptuado por el actor corresponde analizar si:

¿Es procedente la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales invocados por NELSI EMILSE FONSECA ZABALETA, presuntamente vulnerados por la SECRETARIA DE EDUCACION DE MALAMBO con ocasión de la desvinculación del cargo de docente de aula que venía desempeñando de manera provisional?

¿Se dan los presupuestos jurídicos- fácticos para revocar el fallo impugnado?

FUNDAMENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por el artículo 13, 29, 48, 49 y 86 de la Constitución Política, sus decretos reglamentarios 2591 de 1991, sentencias T-1090/07, T-786-10 T-643/14 , T-138/14, T-723/14, T-643/14, T- 245-15, T- 144- 2016, SU- 047-2017 y sentencia T- 151-2017 entre muchas otras.

CONSIDERACIONES

El Constituyente de 1991, se preocupó por constitucionalizar no sólo una completa declaración de derechos, sino por crear los mecanismos idóneos para su eficaz protección. La acción de tutela se estableció en la Constitución Política Colombiana, como un mecanismo residual, para aquellos casos de violación de Derechos Fundamentales en los cuales la persona afectada no tuviere ningún otro mecanismo para protegerlos.

A continuación, se exponen brevemente los derechos fundamentales cuya protección invoca el accionante.

TRABAJO La interpretación constitucional recae sobre un objeto de mayor complejidad el derecho al trabajo como uno de los valores esenciales de nuestra organización política, fundamento del Estado social de derecho, reconocido como derecho fundamental que debe ser protegido en todas sus modalidades y asegurar el derecho de toda persona al desempeño en condiciones dignas y justas, así como los principios mínimos fundamentales a los que debe sujetarse el legislador en su desarrollo y la obligación del Estado del desarrollo de políticas de empleo hacen del derecho al trabajo un derecho de central importancia para el respeto de la condición humana y cumplimiento del fin de las instituciones. La interpretación que surge de la dimensión constitucional descrita no

persigue la solución de un conflicto o diferencia entre el trabajador y el empresario para hallar la solución correcta sino pretende, la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales. La protección del derecho al trabajo desde la interpretación constitucional tiene el propósito de optimizar un mandato en las más altas condiciones de racionalidad y proporcionalidad sin convertirlo en el derecho frente al cual los demás deben ceder.

DEBIDO PROCESO

El debido proceso, consagrado en el Art. 29 de la Constitución Política, es de aquellos expresamente considerados como de naturaleza constitucional fundamental, mediante el cual se prevé que en toda clase de actuaciones, judiciales o administrativas, se aplicará el DEBIDO PROCESO, que implica, entre otras cosas, "la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", que éstas se surtan "ante juez o tribunal competente" y en su debido tiempo.

Para el cumplimiento de esta finalidad constitucional, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido diversos mecanismos, en materia judicial y administrativa, que permiten un virtual equilibrio entre los detentadores y los destinatarios del poder, denominados procedimientos, regulados en los distintos códigos y normatividad que los adiciona o modifica, cuya estricta observancia deviene en garantía del debido proceso, que es en suma, la satisfacción de todas las formalidades establecidas en la Constitución y la Ley, dentro de cada procedimiento en particular, para hacer realidad el derecho sustancial.

Contienen pues tales procedimientos la determinación de las etapas en que se componen, las formas de valerse de los mismos y los eventos en que cada uno procede para la satisfacción de los derechos, el interés para acudir a ellos, las autoridades competentes, los medios de impugnación y de defensa contra las decisiones adoptadas, y todos los demás aspectos relevantes de los mismos.

Así las cosas, las actuaciones administrativas, deben ser el resultado de un proceso que requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan un respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependan de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetos a los procedimientos señalados en la ley.

MINIMO VITAL El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como "la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional".

TRABAJO La interpretación constitucional recae sobre un objeto de mayor complejidad el derecho al trabajo como uno de los valores esenciales de nuestra organización política, fundamento del Estado social de derecho, reconocido como derecho fundamental que debe ser protegido en todas sus modalidades y asegurar el derecho de toda persona al desempeño en condiciones dignas y justas, así como los principios mínimos fundamentales a los que debe sujetarse el legislador en su desarrollo y la obligación del Estado del desarrollo de políticas de empleo hacen del derecho al trabajo un derecho de central importancia para el respeto de la condición humana y cumplimiento del fin de las instituciones. La interpretación que surge de la dimensión constitucional descrita no persigue la solución de un conflicto o diferencia entre el trabajador y el empresario para hallar la solución correcta sino pretende, la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales. La protección del derecho al trabajo desde la interpretación constitucional tiene el propósito de optimizar un mandato en las más altas condiciones de racionalidad y proporcionalidad sin convertirlo en el derecho frente al cual los demás deben ceder.

VIDA DIGNA En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha sostenido que el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete

el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución. Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insoportable. Una de ellas, ha dicho la Corte, es el dolor cuando puede evitarse o suprimirse, cuya extensión injustificada no amenaza, sino que vulnera efectivamente la vida de la persona, entendida como el derecho a una existencia digna. También quebranta esta garantía constitucional el someter a un individuo a un estado fuera de lo normal con respecto a los demás, cuando puede ser como ellos y la consecución de ese estado se encuentra en manos de otros; con más veras cuando ello puede alcanzarlo el Estado, principal obligado a establecer condiciones de bienestar para sus asociados.

CASO CONCRETO

En el *sub examine*, el conflicto jurídico se contrae a determinar si existe vulneración de los derechos fundamentales invocados por NELSI EMILSE FONSECA ZABALETA, presuntamente vulnerados por la SECRETARIA DE EDUCACION DE MALAMBO, con ocasión de la terminación del nombramiento provisional en el cargo de docente de aula que desempeña desde junio de 2017.

Que el día 16 de noviembre de 2023 fue notificada a través de correo electrónico de su desvinculación laboral mediante comunicación de la misma fecha, en cual se indicó que debía dirigirse a las instalaciones de la Secretaría de Educación del Municipio de Malambo el 21 de noviembre de 2023 a las 10:00 a.m., para realizar los trámites pertinentes a la desvinculación.

Explicó que, el motivo argumentado para su desvinculación fue que a la docente a la cual venía reemplazando en provisionalidad se le dio por terminado el encargo que venía desempeñando como coordinadora y por tanto debía regresar a su cargo base como docente en propiedad, sin embargo, la docente DIANA ISABEL CORONADO LEBOLO no regresó a su cargo de docente de aula en la Institución Educativa Nuestra Señora de la Candelaria en Malambo, porque inmediatamente fue nombrada en periodo de prueba en el cargo de COORDINADORA de la misma institución en virtud del concurso docente realizado en el cual concursó y ganó la plaza que venía desempeñando en encargo como coordinadora.

Declaró que, fue desvinculada aun cuando la plaza quedaba vacante pues la profesora a quien correspondía la docente Diana Isabel Coronado Lebolo, fue nombrada en periodo de prueba en su nuevo cargo de coordinadora de la misma institución, para en su lugar ser reemplazada por otra docente nombrada en provisionalidad, la señora Dollys Yerlys Gómez Rodríguez.

Que, como consecuencia de la continuidad de dicha vacancia, le asistía un mejor derecho para continuar ejerciendo dicho cargo por el tiempo que dure el periodo de prueba de la docente Coronado Lebolo y no ser provisto en provisionalidad por otra docente, vulnerándole derechos fundamentales, toda vez que reúne todos los requisitos para ejercer en provisionalidad dicho cargo.

En concordancia con lo anterior, la accionada MUNICIPIO DE MALAMBO (ATLÁNTICO), señaló que, por tratarse de una vinculación en vacancia temporal, el nombramiento provisional de la accionante, sería por el tiempo que durara la respectiva situación administrativa que generó dicha vacancia del docente titular, de conformidad con lo establecido en el artículo 2,4,6,3,12 del decreto 1075 del 2015 modificado por el artículo 11 del Decreto 2105 del 14 de diciembre de 2017.

Seguidamente a través del Decreto No. 892 del 2023, se dio por terminado unos encargos de unos directivos docentes y docentes de aula, que se venían desempeñando como rectores y coordinadores respectivamente dentro de la planta de cargos de la Secretaría de Educación de Malambo, por cuanto se hizo necesario nombrar en periodo de prueba a los docentes y directivos docentes que ganaron el concurso de méritos con ocasión a las convocatorias N° 2150 a 2237 del 2021 y 2316 del 2022 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entre ellos el de la docente DIANA ISABEL CORONADO LEBOLO, quien venía desempeñándose como coordinadora (E) en el Establecimiento Educativo Nuestra Señora de la Candelaria, por lo que esta debió regresar a su cargo base como docente de

aula en propiedad, y en consecuencia a través del Decreto No. 900 del 2023, finalizaron los nombramientos en provisionalidad en vacancia temporal de los docentes nombrados en provisionalidad entre ellos el de la señora NELSI EMILSE FONSECA ZABALETA.

Por su parte, la vinculada COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, procedió a consultar el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, con el número de cedula de ciudadanía No. 32731018 y encontró que la accionante se inscribió en el proceso de selección 2150 a 2237 de 2021, 2316 y 3076 de 2022, al empleo identificado con el código de OPEC 182512, denominado DOCENTE DE PRIMARIA, en la Secretaría de Educación Municipio de Malambo_No_Rural; sin embargo, no superó las pruebas de aptitudes y competencias básicas debido a que obtuvo 51.69 puntos de 60 aprobatorios; por lo tanto, fue eliminado del proceso de selección.

El a quo a través de fallo de primera instancia resuelve declarar improcedente el amparo invocado por cuanto no cumple el requisito de subsidiariedad.

La Sentencia T 063 de 2022, estableció la estabilidad laboral relativa o intermedia de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y la situación especial de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

“Tratándose de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, la Corte ha reiterado que “la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.” Sobre este punto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte señaló que:

“la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.”

Sin embargo, teniendo en cuenta que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden haber sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, o personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, la Corte ha reconocido que “antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.” En esta dirección, en sentencia SU-917 de 2010, esta Corporación precisó que “la vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional.”

A modo de conclusión, tal como se reiteró en las Sentencias T-373 de 2017 y T-464 de 2019, en aquellos casos en los que surge, con fundamento en el principio del mérito, la obligación de nombrar de la lista de elegibles a la persona que superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y pre pensionados, las entidades deben proceder con especial cuidado antes de efectuar los respectivos nombramientos, mediante la adopción de medidas afirmativas, (dispuestas en la constitución art. 13 numeral 3º, y en la materialización del principio de solidaridad social -art. 95 ibídem-), relativas a su reubicación, y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y

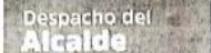
cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.”

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, una empleada nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera que sale a concurso público de méritos y se encuentra en alguna de las condiciones de protección constitucional, puede ser desvinculada del mismo para dar cumplimiento al acto administrativo que contempla la lista de elegibles, sin que por el hecho de dar cumplimiento a lo dispuesto, se configure una vulneración a los derechos de protección reforzada.

Ahora bien, la situación puesta de presente da cuenta que el cargo del que fue desvinculada la actora no fue ocupado por alguien que ganó concurso sino, que era un cargo que se encontraba en vacancia temporal ya que quien ostentaba en propiedad dicho cargo se encontraba en uso de licencia para ocupar otro cargo en la misma entidad.

De otro lado, se evidencia que la inconformidad de la actora radica en que muy a pesar que le notifican la desvinculación debido a que la persona que tiene la propiedad regresaría al cargo, se entera que la misma no lo está ocupando ya que fue nombrada en periodo de prueba en un cargo al que concursó y al que había superado las etapas del concurso, por lo que el cargo nuevamente quedó en vacancia siendo ocupado por otra persona de manera provisional.

De la situación fáctica puesta de presente y en concordancia con lo expuesto por el A quo, considera el Despacho que la presente acción se torna improcedente por cuanto la accionada mediante Decreto No.900 del 2 de noviembre de 2023, comunicó la desvinculación de la actora en el cargo provisional que venía desempeñando, debido a que la titular del mismo debía regresar a él.


DECRETO Nro. 900
(NOVIEMBRE 2 DEL 2023)

“POR MEDIO DEL CUAL SE DA POR TERMINADO UNOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES TEMPORALES DE UNOS DOCENTE DE AULA, DENTRO DE LA PLANTA DE CARGOS DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTES DEL MUNICIPIO DE MALAMBO”

El Alcalde Municipal de Malambo en uso de sus facultades Constitucionales y Legales, en especial las conferidas en los Artículo 314 y 315 de la Constitución Política de Colombia, Ley 115 de 1994, Ley 715 de 2001, Decreto 1075 de 2015, Decreto 1083 de 2015 y...

CONSIDERANDO:

Que la ley 715 de 2001, en su artículo 7, reza que los municipios certificados tienen entre otras competencias las de “7.3. Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas, el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley. Para ello, realizará concursos, efectuará los nombramientos del personal requerido, administrará los ascensos, sin superar en ningún caso el monto de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones asignado a la respectiva entidad territorial y trasladará docentes entre instituciones educativas, sin más requisito legal que la expedición de los respectivos actos administrativos debidamente motivados.

Que el Decreto 1278 de 2002 sobre nombramientos provisionales temporales establece: **ARTÍCULO 13, en el numeral a)** En vacantes de Docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa.

Que se expidió el Decreto Nro. 892 de Noviembre 2 del 2023 **“POR MEDIO DEL CUAL SE DA POR TERMINADO UNOS ENCARGOS DE UNOS DIRECTIVOS DOCENTES Y DOCENTES DE AULA, QUE SE VENÍAN DESEMPEÑANDO COMO RECTORES Y COORDINADORES EN ENCARGOS DENTRO DE LA PLANTA DE CARGOS DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTES DEL MUNICIPIO DE MALAMBO”**, el cual establece en el **ARTÍCULO SEGUNDO** que Los siguientes docentes deberán, asumir las funciones de su empleo titular de carrera administrativa como directivo docente coordinador o docente de aula, el día siguiente hábil a la terminación del encargo:

NOMBRE COMPLETO	CEDULA DE CIUDADANIA	CARGO TITULAR	ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO DEL ENCARGO
LUCKIA RAMIREZ VARELA	32611309	DOCENTE DE AULA	TECNICO COMERCIAL ALBERTO PUMAREJO
ISABEL CORONADO LEBOLO	32671923	DOCENTE DE AULA	NUESTRA SEÑORA DE LA CANDELARIA
ALEJANDRO EBRATTI RADO	72258158	DOCENTE DE AULA	TECNICO COMERCIAL ALBERTO PUMAREJO
JUDITH JIMENEZ BLANCO	32828410	DOCENTE DE AULA	ANTONIA SANTOS
LIZ SARMIENTO CAMARGO	32856681	DOCENTE DE AULA	SIMON BOLIVAR
DELFINA NAVARRO ERREZ	1129572993	DOCENTE DE AULA	ANTONIA SANTOS
GEORGETTE AHUMADA	22520036	DOCENTE DE AULA	T. JUAN XXIII
CESAR CASAS BOLAÑO	72052908	DOCENTE DE AULA	SIMON BOLIVAR
LUIS CASTRÓ CERA	8773213	DOCENTE DE AULA	LA AGUADA

Que, con ocasión a la expedición del acto administrativo de terminación de encargo de los docentes anteriormente mencionados, estos deberán regresar a su cargo base como docente en propiedad, y por ende se procederá a terminar el nombramiento provisional temporal registrado a su nombre de los siguientes Docentes:

NOMBRE COMPLETO	CEDULA DE CIUDADANIA
NELSI EMILCE FONSECA ZABALETA	32731018
ANUAR ALBERTO VIDAL POLO	72049428
JHON GARI RODRIGUEZ MARTINEZ	72302413
MARGARETH STIVIE THOMAS SOLANO	1048275621

Calle 11 Carrera 15 Esquina Barrio Centro de Malambo
Teléfono: 605 4381503 Ext. 221 FAX: 8827405 C P 081070
www.malambo.gov.co cultura@malambo-atlantico.gov.co
www.malambo-atlantico.gov.co

Así las cosas, al existir un acto administrativo debidamente motivado, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para el amparo de los derechos invocados.

Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado que la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas”

Por lo anterior, resulta procedente confirmar el fallo proferido en primera instancia por el JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE MALAMBO adiado 13 de marzo de 2024, de conformidad a lo aquí expuesto.

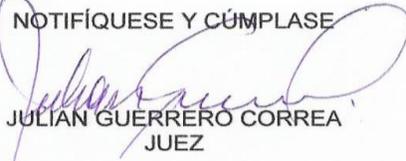
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO SEGUNDO CIVIL CIRCUITO DE SOLEDAD, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido el 13 de marzo de 2024 por el JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE MALAMBO dentro de la solicitud de amparo instaurada por NELSI EMILSE FONSECA ZABALETA en contra de MUNICIPIO DE MALAMBO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Notificar ésta providencia a las partes, así como al señor Defensor del Pueblo de la Ciudad y al juez a quo, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: Remítase el expediente a la Honorable corte constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1.991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JULIAN GUERRERO CORREA
JUEZ

NOTA: SE FIRMA EN FORMATO PDF EN RAZÓN A LOS INCONVENIENTES QUE PRESENTA LA PAGINA DE FIRMA DIGITAL