



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura  
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico  
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO EN ORALIDAD  
SOLEDAD - ATLANTICO

**SIGCMA**

**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE SOLEDAD  
SOLEDAD – ONCE (11) DE MARZO DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024)**

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA  
RAD: 2024-00029 (T02-2024-00029-01 S.I.)  
ACCIONANTE: JINA NORIEGA VARGAS  
ACCIONADO: INSTITUCION EDUCATIVA SAN SEBASTIAN – SECRETARIA DE EDUCACION Y ALCALDIA DE MALAMBO

**ASUNTO A TRATAR**

Procede el despacho a resolver la impugnación presentada en contra del fallo de primera instancia proferido el 8 de febrero de 2024 por el JUZGADO TERCERO PROMISCO MUNICIPAL DE MALAMBO, dentro de la acción de tutela impetrada por la señora JINA NORIEGA VARGAS, en contra de la INSTITUCION EDUCATIVA SAN SEBASTIAN – SECRETARIA DE EDUCACION Y ALCALDIA DE MALAMBO, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, a una vida digna, a la salud, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad y al mínimo vital, con fundamento en los siguientes:

**HECHOS**

La parte accionante señala como hechos de su solicitud de amparo, los que se exponen a continuación:

Paciente **JINA NORIEGA VARGAS DOCENTE** de 36 años de edad, madre soltera en estado de **GRAVIDEZ DE ALTO RIESGO POR ABORTOS RECURRENTES**, con una **TROMBOFILIA ADQUIRIDA** (Ocurre cuando el hígado o el riñón no cumplen su función de mantener el equilibrio de las proteínas del sistema de coagulación)<sup>1</sup>, para esto toma **ENOXAPARINA 40 mg** inyectable y **ASA** (ácido acetilsalicílico); actualmente el binomio de 26 semanas gozan de excelente estado de salud hasta la presente radicación.

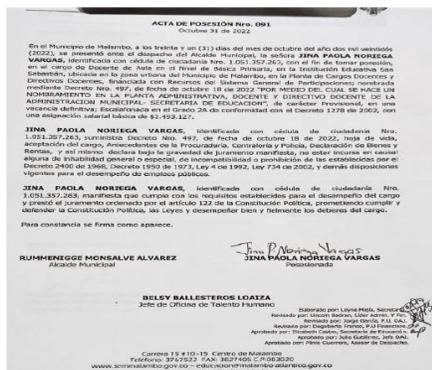
**MOTIVACIÓN DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA**

- **JINA NORIEGA VARGAS, LICENCIADA EN EDUCACIÓN BÁSICA, CON ÉNFASIS EN CIENCIAS SOCIALES** prueba de ello su señoría me permito radicar, y exhibo ante su despacho la presente ACTA DE GRADO No. 33 emitida por la Universidad



Del Atlántico el 11 de mayo del año 2012, por lo tanto, ruego se ha incorporada y tenida como elemento probatorio:

- Fui nombrada legalmente en provisionalidad por la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE MALAMBO ATLÁNTICO**, mediante decreto 497 firmado el 14 de octubre 2022 y **tomo posesión el 31 de octubre** de la misma anualidad, como **Docente En La Institución Educativa San Sebastián, Ubicada En La Cabecera Municipal Del citado municipio**:









Finalmente, frente a este punto se debe precisar que, para dar aplicación al presente numeral, se debe seguir las orientaciones fijadas en el numeral 3 de la Circular 24 de 2023 de este Ministerio, la cual establece:

"3. Una vez agotadas las instancias anteriores sin cubrir la necesidad del docente para garantizar el servicio efectivo y oportuno de educación el Sistema Maestro será habilitado de manera excepcional, para lo cual, **la Secretaría de Educación debe acreditar ante el Ministerio de Educación Nacional que agotó la lista de elegibles y el orden de protección constitucional.**"

iv. Situaciones a tener en cuenta

• **De acuerdo con la normatividad y jurisprudencia mencionada, las vacantes temporales podrán ser cubiertas con docentes desvinculados producto del concurso, los cuales 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**

La circular emitida por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN, esta cimentada por el artículo 263 parágrafo 2 inciso 4 de la Ley 1955 DE 2019, donde reza lo siguiente:

**"Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo"**.

si hubieran acatado y aplicado a cabalidad la norma citada esto no hubiera sucedido, queda probado que mi retiro obedeció a un abuso y como consecuencia de ello se vulneraron muchos derechos fundamentales por parte de la Alcaldía y la **Secretaría De Educación De Malambo** con el auspicio concomitante de la **Institución Educativa San Sebastián**; se desconoce si el colegio realizó la lista de **ELEGIBLES Y DE LOS DOCENTES CON ESTABILIDAD REFORZADA** y remitirla a la **Secretaría Del Ramo**, o si esta se la solicitó a la I.E., o simplemente no les intereso cumplir lo establecido en la circular 039/23 y actuaron a sus albedríos, habiendo una orden tipificada ya tratadas.

Debido a la omisión del artículo 29 de la constitución nacional y de la circular 039 de 2023; a demás por haber incurrido en falta disciplinaria (Art. 31 de la ley 1755 de 2015), vulneración de derechos fundamentales por parte la **Secretaría De Educación De Malambo**, se vincula EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN, para que responda de manera solidaria por el daño causado y manifieste si o no recibió **LA RELACIÓN DE LOS DOCENTES CON ESTABILIDAD REFORZADA O DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL**.

- Actualmente vivo con mi mamá, depende de mi económicamente, mi padre falleció, soy madre soltera y no tengo otros ingresos, solamente mi trabajo, pero fui retirada de manera arbitraria y abusiva por parte de la secretaria de educación mediante el decreto No. 1037 expedido el 21 de diciembre del año 2023 y notificada el 15 de enero del 2024, es importante resaltar que yo laboré después de esa fecha anteriormente citada.

- Que a la fecha la titular del cargo que desempeñaba en provisionalidad, se encuentra asumiéndolo en periodo de prueba en **Institución Educativa San Sebastián**.

## PRETENSIONES

**PRIMERO.** Solicito señor juez tutelar mis derechos fundamentales y los de mi hijo que está por nacer, al **Derecho De Petición A La Salud, Estabilidad Laboral Reforzada, Al Trabajo, Al Mínimo Vital, A La Seguridad Social Y El Fuero De Maternidad.**

**SEGUNDO.** Ordenar a **LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE MALAMBO** de manera articulada con su **SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, realicen todos actos pertinentes, en el término de 48 horas, **REINTEGREN A JINA NORIEGA VARGAS** al cargo que venía desempeñando o en su defecto a reubicarla en un cargo de igual o mejor categoría del que venía ocupando en provisionalidad.

**TERCERO.** Ordenar a la **LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE MALAMBO** reconocer y cancelar los salarios y demás prestaciones laborales dejadas de percibir desde el despido hasta el momento que se haga efectivo el reintegro".

**Cuarto:** Oficiar al **Ministerio De Educación** y a su vez se sirva informar si o no, el ente territorial le envió a la Subdirección de Recursos Humanos del Sector Educativo del Ministerio de Educación Nacional a través del Sistema de Gestión Documental de la entidad. la relación de los docentes con estabilidad reforzada identificados en su jurisdicción. Conforme a la circular 039/23.

## MEDIDA PROVISIONAL

En virtud del Art. 7. DEL DECRETO 2591 DE 1991 y amparada en la falta disciplinaria cometida por la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE MALAMBO** al omitir e ignorar los hechos y pretensiones incoadas en el derecho de petición radicado el 05 de Diciembre del año 2023; en cual la notifique una vez más y solicite se respetara mi **FUERO DE MATERNIDAD**; a un así emitió un Decreto el No. 1037 del 21 de diciembre del año 2023, donde dan por terminado mi contrato, convirtiéndose en abuso dado que sabiendo no resolvió de plano el derecho de petición decide pasar por alto el artículo 13. 23 y 29 de la norma superior y en acuerdo 039 del año 2023.

El cual le establecía como se debía actuar frente al caso en estudio; esa sola acción vulnero muchos derechos fundamentales a la vida mía y la de mi hijo, a la seguridad social, al debido proceso administrativo, de petición, mínimo vital, fuero de maternidad y otros.

Por las razones expuesta anteriormente y las que más adelante citare; se concluye pertinente y vital no solo para la madre, sino también por el bebe, solicitar su señoría se sirva:

**ORDENAR** de manera **INMEDIATA** a la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE MALAMBO**, una vez se notifique de la presente medida provisional; gestionar todas acciones que se han necesaria ante **Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio** para que le garantice las prestaciones del servicio de salud en la **Clínica General Del Norte De Barranquilla** sin ningún tipo de barreras administrativas.

Y todo lo ordenado por los médicos tratantes a la señora **JINA NORIEGA VARGAS**, a demás la entrega del medicamento **ENOXAPARINA 40 mg**, su colocación es diaria y para evitar que se le generen **TROMBOS**; en virtud de sus diagnósticos y de esa manera resarcir en parte el daño que causo y preservar la vida del binomio o del bebe que esta por nacer.



Barranquilla, 20 de Enero del 2024

Sra.  
**JINA PAOLA NORIEGA VARGAS**  
PQR-2024210000656402

De la manera más atenta y respetuosa presento cordial saludo, Actúo en mi condición de Coordinador de atención al usuario del programa magisterio Atlántico, el cual es en desarrollo del ACTUAL Contrato entre la ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A. —como CONTRATISTA y el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FIDUCIARIA LA PREVISORA como CONTRATANTE, mediante el cual y conforme al Contrato y los PLIEGOS DE CONDICIONES, se le suministran los Servicios Médicos Hospitalarios Integrales OBJETO del citado contrato, a los Educadores Activos, Pensionados y sus Beneficiarios que en el Departamento de Atlántico, FIGURAN EN LAS BASES DE DATOS QUE MENSUALMENTE PREPARA y nos ENVÍA EL FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO.

Le informamos, Que la cita para el estudio NEUROSONOGRAFIA FETAL, quedó asignada para:

Fecha: 25 de Enero del 2024  
Hora: 6:00 am  
Lugar: Calle 70 con Carrera 49 # 70, Puerta 1

Indicaciones:

- Orden vigente
- Resultados de VIH, tipo de sangre, VRL y hepatitis b
- Historia clínica
- Resultados de estudios anteriores

Para cualquier otra solicitud, inquietud o inconformidad puede comunicarse por los siguientes canales de acceso:

Whatsapp: 3008367103  
Correo: [atenciones@clinica-general-del-norte.com](mailto:atenciones@clinica-general-del-norte.com)  
Presencial: Calle 57 # 25 -105 SEDE ANDES

Seguiremos vigilantes a los procesos con el fin de poder dar cumplimiento a los requerimientos de nuestros usuarios.

ORGANIZACION CLINICA GENERAL DEL NORTE  
UNIDAD DE ATENCION ANDES  
990102768  
Código de Habilitación: 08001003708

Fecha Impresión: 19/12/23  
Hora Impresión: 12:41:36

Página: 1  
Fecha de formulación: 18/01/2024 12:40:33  
Historia Clínica: 1051357263

Departamento: ATLANTICO  
Municipio: BARRANQUILLA  
Paciente: CC 1051357263 JINA PAOLA NORIEGA VARGAS  
Edad: 36 AÑOS Sexo: F Diagnóstico:  
Empresa: MAGISTERIO ATLANTICO RSG  
Tipo Usuario: OTRO - MAGISTERIO Cama:  
Folio No. 435 Pabellón: CONSULTA EXT. ANDES

No.	Descripción		Dosis	Vía	Frecuencia	Cada	Duración	30	Días	Cantidad		
1	ENOXAPARINA (HEPARINA BAJO PESO MOLECULAR) 40 MG/0.4 ML SOLUCION INYECTABLE		40.00	MILIGRAMOS	Via SUBCUTANEA	Frecuencia	Cada 24 Horas	Duración	30	Días	Cantidad	30 TREINTA JERINGA PRELLENADA
2	ACIDO ACETIL SALICILICO 100 MG TABLETA		100.00	MILIGRAMOS	Via ORAL	Frecuencia	Cada 24 Horas	Duración	30	Días	Cantidad	30 TREINTA TABLETA

Nota: Fórmula válida hasta 90 Días a partir de la fecha de expedición.  
Para reclamar sus medicamentos es necesario presentar este documento.

Firma Profesional  
*Eduardo Enrique Otero Melo*  
EDUARDO ENRIQUE OTERO MELO  
GINECOLOGIA Y OBSTETRICIA  
Reg. MD. 6615812000 C.23

Firma Usuario

la próxima fórmula debe ser reclamada del 11 de FEBRERO del 2024 al 2 de MARZO del 2024

Sin embargo, Ley 790 de 2002 en su artículo 12. Reglamentado por el art. 12, Decreto Nacional 190 de 2003 establece Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual...

Del mismo Considera que el Art. 13 superior señala que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de los grupos discriminados, es decir que consagra la posibilidad de conceder ventajas a grupos discriminados y marginados, a través de acciones afirmativas o discriminación positiva. Establece que el Estado está encargado de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica se encuentren en debilidad manifiesta.

Esa misma norma estable el respeto e igualdad de géneros predominante frente a las mujeres con debilidad manifiesta, en su artículo 43.

*La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.*

Frente al caso en particular el juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso. [...]"

En este sentido, la Honorable Corte Constitucional ha señalado que las medidas provisionales pueden ser adoptadas en los siguientes casos: "(i) cuando resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en una violación o; (ii) cuando habiéndose constatado la existencia de una violación, estas sean necesarias para precaver que la violación se torne más gravosa"<sup>1</sup>.

Señor Juez de no decretar la medida cautelar es permitirles a los accionados a gravarle aun mas la vida de la **SEÑORA JINA NORIEGA VARGAS**; (TODO ESTO ES VERIFICABLE CON LA HISTORIA CLÍNICA Y DOCUMENTOS ANEXOS, Y LA CERTEZA QUE BAJO JURAMENTO HABLO CON LA VERDAD) Con los argumentos y pruebas aportadas con este escrito, los que comedidamente solicito al Juez de tutela sean analizados con tal detalle para efectos de decidir sobre la procedencia de la medida provisional solicitada, pues se encuentra más que demostrada la violación de los derechos fundamentales invocados.

Ahora bien, lo que se pretende a través del decreto de la medida provisional consagrada en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, es que como lo indica la H. Corte Constitucional se adopten las medidas pertinentes para evitar que la situación se torne aún más gravosa, lo que causaría un perjuicio irremediable, el que estamos todavía a tiempo de evitar.

En reiterada Jurisprudencia, la H. Corte Constitucional ha expresado a través de sus sentencias, que la aprobación de la medida provisional, no constituye un prejuzgamiento, por el contrario, se debe entender como el instrumento de la Carta Política que le otorgó a sus asociados, para evitar un perjuicio irremediable.

Respecto de la prueba que justifica la necesidad de la medida provisional, es importante resaltar que no es otra que las copias de la historia médica, los documentos anexos respecto de los trámites realizados hasta el momento, por lo tanto, la medida requerida no es una simple manifestación.

**SEÑOR JUEZ RUEGO QUE IMPIDA SE CONTINÚE CON LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y ORDENE LA MEDIDA PROVISIONAL.**

## DE LA ACTUACIÓN

La acción de tutela fue admitida por el JUZGADO TERCERO PROMISCUO MUNICIPAL DE MALAMBO a través de auto calendado el 29 de enero de 2024, ordenándose oficiar a las accionadas para que rindieran un informe sobre los hechos de la acción de tutela.

Además, se vinculó al trámite a FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

### INFORME FIDUPREVISORA

**AIDEE JOHANNA GALINDO ACERO** en calidad de JEFE DE DEPENDENCIA GERENCIA JURÍDICA DE NEGOCIOS ESPECIALES (FOMAG).

1. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica cuyos recursos son administrados por **FIDUPREVISORA S.A.**, en virtud de un contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública No. 0083 del 21 de junio de 1990.

2. Teniendo en cuenta lo anterior es necesario señalar que **FIDUPREVISORA S.A.** es una sociedad Anónima de Economía Mixta de carácter indirecto del sector descentralizado del orden nacional, sometida al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado y en consecuencia no tiene competencia para expedir Actos Administrativos.

3. Su objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios descritos en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero como en el Estatuto de la Contratación de la Administración Pública.

4. De acuerdo a lo anterior, **FIDUPREVISORA S.A.** administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, con el fin de que se atienda de manera oportuna el pago de las prestaciones sociales del personal docente, previo trámite que debe llevarse a cabo en las secretarías de educación.

5. En este sentido, a esta entidad fiduciaria le corresponde velar porque los recursos del Fondo del Magisterio se administren correctamente, lo que implica que cualquier erogación debe estar correctamente soportada en un acto administrativo conforme a la constitución y la Ley y si los mismos adolecen de algún requisito de fondo o de forma, debe devolverlo al funcionario competente para que se hagan las correcciones del caso.

Atendiendo a lo manifestado por la Accionante frente a la presunta vulneración de los Derechos Fundamentales en el escrito de su tutela se hace necesario anotar lo dicho por la Corte en la Sentencia **T – 130 de 2014**:

*El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991]” Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.*

*En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003 o la T-883 de 2008, al afirmar que “partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales, existan (...)”, ya que “sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)*

Con base en el antecedente jurisprudencial anteriormente señalado, es preciso anotar que la accionante **NO PRESENTA NINGUNA PRUEBA A TRAVÉS DE LA CUAL SE PUEDA ESTABLECER QUE FIDUPREVISORA S.A. EN CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) SE ENCUENTRE VULNERANDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.** En ese orden de ideas y atendiendo las consideraciones expuestas, **se puede concluir que no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva que pueda llevar con la supuesta afectación de los derechos fundamentales en relación con Fiduciaria La Previsora S.A., entidad que para los efectos actúa como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG).**

Inicialmente se informa que Fiduprevisora S.A actuando en calidad de vocera y administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; **NO SOMOS EL ENTE NOMINADOR**, sino que nos encargamos de administrar los recursos dispuestos por el plan nacional de desarrollo para el FOMAG, por lo anterior, toda acción que ejecuta la Fiduprevisora S.A como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es respaldada por un acto administrativo proveniente de las secretarías de educación a nivel nacional.

Frente a las peticiones del accionante es imperativo resaltar a su despacho que Fiduprevisora S.A actuando en calidad de vocera y administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; **NO TIENE LA FACULTAD LEGAL, ADMINISTRATIVA NI JUDICIAL** para ordenar, modificar, corregir, anular o expedir actos administrativos que reconozcan o nieguen derechos por cuanto dicha facultad recae exclusivamente en los entes nominadores, en este caso las secretarías de educación a nivel nacional.

En este sentido se resalta que mi representada no puede efectuar la vinculación o reintegro al FOMAG como quiera que mi representada no funge como empleador del accionante.

#### ESTADO DE AFILIACIÓN

Consultado el aplicativo HOSVITAL dispuesto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, nos permitimos informar que la señora **JINA NORIEGA VARGAS** se encuentra **ACTIVA como COTIZANTE, en el régimen de excepción de asistencia en salud.**

Id Cotizante	Tipo Documento	Número Documento	Nombre Completo Cotizante	Fecha Nacimiento
Q	Q	Q	Q	Q
a8e1e2f3-dd92-4d77-a929-3d61271f6fef	Cédula de Ciudadanía	1051357263	JINA PAOLA NORIEGA VARGAS	16/10/1987



#### Datos Afiliación

Arrastra una columna aquí para agrupar por ella

Tipo Operador	Nombre Operador	Estado Afiliación	Región	Tipo De Afiliación	Fect	
Q	Q	Q	Q	Q	Q	
71f6fef	Unión Temporal	ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A.	Activo	Región 6	Cotizante docente	01/1

En cuanto a los hechos de la presente acción constitucional y respecto de los cuales el Honorable Juez solicita pronunciamiento, vale la pena precisar que FIDUPREVISORA S.A, surtió la obligación contractual que le corresponde, **que es la contratación de las entidades prestadoras del servicio de salud para los docentes**, y que en esa medida son aquellas uniones temporales, en este caso **CLINICA GENERAL DEL NORTE UT.**, su lugar de residencia, quien tiene a su cargo la prestación del servicio médico y todo lo que aquel se derive, por lo que corresponde a esta última tomar las medidas tendientes a garantizar los derechos fundamentales que alega el accionante se le están conculcando, toda vez, que Fiduprevisora S.A. no hace las veces de Entidad Promotora de Salud y/o Institución Prestadora de Salud y por ende, no está legitimada para satisfacer las pretensiones de la accionante.

Por lo acotado en precedencia, resulta claro que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la entidad que represento, pues se itera no es la encargada de prestar de manera directa el servicio de salud a los usuarios del sistema **de régimen de excepción de asistencia en salud.**

## AUTO VINCULA

Mediante auto de fecha 1 de febrero de 2024 el A quo resolvió vincular al trámite a la CLINICA GENERAL DEL NORTE UT

## INFORME SECRETARIA DE EDUCACION DE MALAMBO

LUIS CARLOS RIQUET ALEMAN en calidad de secretario, manifestó:

La accionante **JINA NORIEGA VARGAS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.051.357.263, por intermedio de apoderado judicial acudió a la acción de tutela bajo los linderos del canon 86 Superior, solicitando la protección al derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, a la salud y otros, los cuales afirma, están siendo vulnerados por la Secretaría de Educación Municipal de Malambo.

Dentro del trámite de la acción de tutela, la cual correspondió a su despacho, por medio de auto de fecha 29 de enero de 2024, resolvió admitir la acción constitucional presentada por la actora, a fin de que esta Secretaría rinda informe al Despacho acerca de lo expresado por el accionante en su demanda de tutela.

### DEL CASO EN CONCRETO

Atendiendo la parte resolutoria del auto admisorio de la acción de tutela de la referencia, me permito pronunciarme de la siguiente manera:

La Docente **JINA NORIEGA VARGAS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.051.357.263, fue nombrada como docente provisional en vacancia definitiva producto de la selección del aplicativo sistema maestro por medio del Decreto Nro. 497 del 18 de octubre de 2022, asignada a la institución educativa San Sebastián.

A través del Decreto Nro. 1037 del 21 de diciembre de 2023, se dio por terminado el nombramiento provisional en vacancia definitiva de la docente **JINA NORIEGA VARGAS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.051.357.263, a partir del 15 de enero de 2024 del cargo de docente de aula del nivel de básica primaria en la Institución Educativa San Sebastián del municipio de Malambo, por cuanto se hizo necesario nombrar en periodo de prueba a los docentes quienes seleccionaron las vacantes provisionales actualizadas en la última OPEC remitida por la Secretaría de Educación municipal a la CNSC, en las Instituciones Educativas del municipio de Malambo.

Es decir que el nombramiento en provisionalidad finalizó teniendo en cuenta la obligatoriedad jurídica y judicial de las listas de elegibles de los docentes que ganaron el concurso de méritos en el municipio de Malambo, producto de las convocatorias para proveer los cargos docentes y directivos docentes, por lo que el docente ganador debió asumir las funciones de su empleo titular de carrera administrativa como docente de aula en el nivel de básica primaria en la Institución Educativa San Sebastián, el cual correspondió al señor

Si bien se informó a la secretaria sobre el estado de gestación de esta, también es bueno saber que esta Secretaría garantizando el derecho a la salud hasta fecha no se ha realizado el retiro de la afiliación ante el prestador de servicios de salud del Magisterio con el fin de seguir garantizando el servicio de salud tal como lo exige la normatividad vigente para estos casos.

De acuerdo con lo anterior, se considera que al momento de dar por terminado un nombramiento provisional de una empleada que se encuentra en estado de embarazo, teniendo en cuenta que el titular con derechos de carrera gana el concurso de méritos y viene a desempeñar el mismo empleo, 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 que no está asociada con el respectivo embarazo de la empleada vinculada con nombramiento provisional.

Al respecto, su desvinculación obedeció a una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento del concurso de méritos que ofertó la plaza docente que ocupaba la accionante, pues las condiciones de los mismos se conocieron desde el inicio de la relación laboral, y no puede asociarse a una conducta discriminatoria por parte de la Secretaría de Educación.

Ahora bien, se debe precisar que sobre la estabilidad de las personas nombradas en provisionalidad la Corte Constitucional mediante sentencia [T-464](#) de 2019<sup>2</sup> señala:

"La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculados con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público.

(...)

En consecuencia, podemos decir que el objeto de la presente acción de tutela respecto a la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE MALAMBO** es improcedente puesto que no se ha configurado una acción u omisión que vulnere o amenace un derecho fundamental del accionante.

Del mismo modo solicito se declare improcedente la pretensión para el reintegro, pago de salarios y prestaciones sociales de la accionante, por considerar que existen otros mecanismos judiciales para resolver la controversia formulada por la actora.

De igual forma se desestime la medida provisional teniendo en cuenta que la accionante tiene garantizada su atención en salud por el operador del Magisterio en el departamento del Atlántico- y municipio de Malambo.

En virtud de lo anterior nos atrevemos a evocar los siguientes pronunciamientos de la corte constitucional en materia de tutela en el que el objeto de la misma se ha agotado como el emitido en la T- 883 de 2008: Con el objeto de "(...) garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)" el constituyente de 1991 estableció en el ordenamiento jurídico Colombiano la acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la Carta, perteneciente al capítulo 4º: "De la protección y aplicación de los derechos", del título II de la Norma Suprema Colombiana.

Así, el mencionado artículo contempló el derecho de toda persona a interponer acción de tutela "(...) para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, (...) la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)" o particulares, entre otros, que presten servicios públicos, o ante quienes el afectado se encuentre en una situación de indefensión o subordinación.

Concatenado a lo anterior, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política", previó la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales "(...) contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquier derecho [fundamental] (...)".<sup>[2]</sup>

Esto no significa que las personas puedan acudir a la acción de tutela obviando los mecanismos de defensa judicial existentes para obtener resoluciones favorables a sus pretensiones, pues una de las características de la acción tuitiva de derechos fundamentales es la subsidiariedad. Esto, fue expresamente consagrado en el artículo 86, donde se señaló que la acción "(...) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)". De igual forma, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, consagró como causal de improcedencia la existencia de otros medios de defensa judicial, más se condicionó expresamente el acaecimiento de aquella a la eficacia de éstos y se estableció la posibilidad de interponer la tutela "(...) como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)".

En este orden de ideas, partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del mencionado Decreto, se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales. En otras palabras, no es procedente la acción de tutela cuando se acude a ella bajo una mera suposición, conjetura, o hipotética trasgresión a los derechos fundamentales. Al respecto, en sentencia T-066 de 2002,<sup>[3]</sup> esta Corporación manifestó:

*"(...) Con todo, ello no significa que los ciudadanos puedan desconocer los procedimientos establecidos por la ley en los diversos ordenamientos jurídicos, que para el caso que nos ocupa es la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, acudir a la acción de tutela bajo la suposición o conjetura de que se vulnerarán derechos fundamentales por actos negativos de la administración, sin darle a ésta siquiera la oportunidad de pronunciarse en ese o en otro sentido. No se puede llegar al absurdo de acudir a la acción de tutela sobre la base de actos que no se han proferido, esto no solo viola el debido proceso de las entidades públicas, que, valga repetirlo, también lo tienen, sino que, atentaría contra uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de asegurar la vigencia de un orden justo."* (Subrayas fuera del original)

En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan y por ende no se encuentren en el campo de las meras especulaciones o hipótesis.<sup>[4]</sup>

En ese orden de ideas, este despacho solicitará la improcedencia de la presente acción de tutela impetrada por el actor, en atención a que no se configura una vulneración a sus derechos fundamentales por parte de este Despacho.

#### PETICIÓN

Por los argumentos fácticos y jurídicos expuestos, solicito al Despacho del señor Juez, respetuosamente, decretar la **IMPROCEDENCIA** de la presente acción de tutela, toda vez que por parte de la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE MALAMBO** no se ha configurado una acción u omisión que vulnere o amenace el derecho fundamental del accionante, y en efecto su desvinculación obedeció a una justa causa legal objetiva.

### INFORME INSTITUCIÓN EDUCATIVA SAN SEBASTIÁN DE MALAMBO ALBERTO DANIEL ADARRAGA MEJÍA en calidad de representante legal, manifestó:

Yo Alberto Daniel Adarraga Mejía identificado con CC 72123 777 de Santo Tomás, Atlántico, representante legal de la Institución Educativa San Sebastián, ubicada en el municipio de Malambo, con el cargo de rector en propiedad, me pronuncio respecto a los hechos descritos por la accionante Jina Noriega Vargas, en los siguientes términos:

Los Rectores de las Instituciones Educativas Oficiales no tenemos facultades para nombrar o remover un docente de su cargo, sea cual fuere su denominación. (Temporal, Provisional, en Período de Prueba o en Propiedad)

No está entre nuestras competencias este tipo de actuaciones, por lo cual deberá ser la Secretaría de Educación del Municipio de Malambo, a través de los funcionarios encargados, quienes respondan a lo solicitado en la Acción de Tutela.

Las funciones de un rector están establecidas o detalladas en el artículo 25 del decreto 1860 de 1994, las cuales invito a revisar con el mayor de los respetos hacia su investidura.

### INFORME MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL WALTER EPIFANIO ASPRILLA CACERES en calidad de apoderado manifestó:

Ante estos hechos este Ministerio no puede pronunciarse, en razón a que los mismos no son de conocimiento de esta cartera; tal y como lo expresa la Ley 715 de 2001, son, las entidades territoriales las encargadas de la administración del servicio educativo por ella son las que definen la necesidad y garantizan el cumplimiento de las disposiciones normativas.

En relación a las competencias y funciones a cargo de los entes territoriales, la Constitución Política, en varios de sus apartes, señaló de manera clara las funciones de estos entes en relación con la administración de sus recursos, como el manejo de su personal, y la prestación de servicios a favor de la comunidad.

Tal y como lo señala la norma, es correcto indicar que el servicio público educativo se encuentra organizado, administrado y dirigido por las Entidades Territoriales Certificadas en educación, conforme a los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 715 de 2001.

El artículo 86 de la Constitución Política estableció la acción de tutela como un mecanismo constitucional, cuyo objeto es obtener la protección inmediata de derechos fundamentales,

### **Ingreso al sistema por mérito.**

El concurso de méritos para el ingreso a la carrera docente es la forma dispuesta por el constituyente para ingresar al servicio público:

... (...) "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público." (...) ... (Art. 125 Constitución Política).

El concurso de acuerdo con el Decreto Ley 1278 de 2002 está definido en los siguientes términos:

... (...) "es el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de aptitudes, experiencia, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera docente, se determina su inclusión en el listado de elegibles y se fija su ubicación en el mismo, con el fin de garantizar disponibilidad permanente para la provisión de vacantes que se presenten en cualquier nivel, cargo o área de conocimiento dentro del sector educativo estatal." (...), es decir, que los docentes que aspiren a ingresar a la carrera docente, se regirán por las normas propias del Estatuto Profesional Docente el Decreto Ley 1278 de 2002.

Atendiendo los argumentos referenciados, es ineludible que para ingresar al servicio educativo estatal se debe superar satisfactoriamente un proceso de selección, por tanto, en la actualidad para vincularse al servicio educativo oficial es perentorio superar el concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Para el caso en concreto, y en aras de garantizar el derecho a la igualdad y al mérito se indica que la accionante tuvo la posibilidad, opción y la libertad de presentarse al concurso en mención.

### **Vinculación en provisionalidad**

Teniendo claras las funciones de este Ministerio y las funciones de los entes territoriales, y en atención a lo requerido por la docente en su escrito de tutela y relacionado con las competencias de esta dependencia, resulta importante precisar que independiente de los argumentos comentados por la docente, se deben realizar algunas aclaraciones, respecto a la vinculación en provisionalidad:

- 1 Es necesario indicar que la vinculación en calidad de provisional como lo ha fijado la normatividad, como la jurisprudencia y doctrina se define como aquella vinculación como una de las formas que tiene el estado para proveer cargos públicos, sin embargo, este nombramiento es de **carácter transitorio y excepcional** y se sule para dar continuidad al ejercicio normal de la administración mientras se desarrolla los procedimientos ordinarios y formales para la ocupación de dicho cargo en propiedad.
- 2 Ahora bien, cuando se refiere a los procedimientos ordinarios dentro de la carrera docente la Corte Constitucional ha señalado que:

*"La vinculación de personal docente al servicio educativo estatal se realiza mediante el sistema de concurso, esto con base en los criterios señalados en sede constitucional, que indican que la provisión de empleos en el sistema de carrera está condicionada al previo cumplimiento de requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes."*

- c) En cuanto a los nombramientos provisionales en el sector educativo, encuentra señalado en el artículo 13 del Decreto 1278 de 2002 que indica:

*(...) "Artículo 13. Nombramientos provisionales. Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo, en los siguientes casos:*

*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. En este caso deberá hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo;*

*b) En vacantes definitivas, el nombramiento provisional será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso.*

*(...) Para ser vinculados en propiedad, y gozar de los derechos de carrera deben superar el concurso de méritos y obtener evaluación satisfactoria del período de prueba, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto." (...)*

- d) En concordancia con lo anterior, el artículo 2.4.6.3.10 del Decreto 1075 de 2015, reitera lo señalado en el Decreto Ley 1278 de 2002 e indica que el nombramiento provisional se aplica para la provisión transitoria de cargos docentes que se hallen en vacancia temporal o definitiva, a través de acto administrativo atendiendo los requisitos del cargo y expedido por el ente nominador, así mismo establece que, en vacantes temporales tendrán prioridad de nombramiento provisional en su orden los miembros de la lista de elegibles vigente, cuya aceptación no los excluye de la misma; ahora si los elegibles no aceptan, la entidad territorial puede nombrar una persona que cumpla los requisitos del cargo.
- e) Atendiendo el carácter transitorio y excepcional del nombramiento provisional, en el artículo 2.4.6.3.12 del Decreto 1075 de 2015, se indicaron los casos de terminación de dicho nombramiento, el cual debe realizarse mediante acto administrativo motivado que deberá ser debidamente comunicado al docente;

(...) **“Artículo 2.4.6.3.12. Terminación del nombramiento provisional.** La terminación del nombramiento provisional en un cargo en vacancia definitiva se hará en los siguientes casos, mediante acto administrativo motivado que deberá ser comunicado al docente:

1. Cuando se provea el cargo por un docente, en aplicación de los criterios definidos en los numerales 1, 2, 3, 4 o 5 del artículo 2.4.6.3.9 del presente decreto.

2. Por calificación insatisfactoria del desempeño, de acuerdo con el protocolo que adopte la autoridad nominadora atendiendo criterios similares a los educadores con derechos de carrera.

3. Por imposición de sanciones disciplinarias, de conformidad con las normas legales que regulan la materia.

4. Por razones de cambio de perfil del cargo o por efectos de estudios de la planta de personal, siempre y cuando el docente no cumpla con los requisitos de perfil del nuevo cargo.

El nombramiento provisional en una vacante temporal será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa que generó dicha vacancia. Este tipo de nombramiento también terminará cuando el docente titular renuncie a la situación administrativa que lo separó temporalmente del cargo y se reintegre al mismo.

**Parágrafo 1°.** La fecha de terminación del nombramiento provisional será la misma fecha en que asuma el cargo el docente que llegue a ocupar la vacante de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1, 2, 3 o 4 del artículo 2.4.6.3.9 del presente decreto, o en la que asuma las funciones del cargo el educador nombrado en período de prueba.

El rector o director rural expedirá la respectiva constancia de la fecha en que el docente con derechos de carrera o el docente nombrado en período de prueba asume las funciones del cargo, y de la fecha de dejación de funciones por parte del docente nombrado provisionalmente.

**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.

**Parágrafo 3°.** La terminación del nombramiento provisional en un cargo en vacancia temporal procederá por las causales señaladas en los numerales 2 y 3 del presente artículo.” (...)

De acuerdo con lo anterior, para que la secretaría de educación proceda a dar aplicación a lo establecido en el artículo 2.4.6.3.12. del Decreto No. 2105 de 2017, que modifica el Decreto 1075 de 2015, previamente deberá agotar el orden de provisión de que trata el artículo 2.4.6.3.9. del Decreto 490 de 2016, que adiciona el citado Decreto 1075 de 2015, y tener claro que las vacantes definitivas a que hace referencia el parágrafo 2 del artículo 2.4.6.3.12., **corresponden a aquellas que en su momento, no se encuentren provistas dentro de su jurisdicción.**

#### **Estabilidad laboral reforzada a mujer en estado de embarazo**

De cara al presente punto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, opera la figura de estabilidad laboral reforzada relativa. Esto quiere decir el mérito se prefiere en el sistema de empleo público; sin embargo, ante la existencia de situaciones especiales, como el embarazo, el Estado debe buscar medidas proporcionales para proteger los derechos de quien se encuentra en dicha situación, así como de quien ingresa a un cargo mediante concurso público de méritos.

Esto lo indica la Corte Constitucional en su sentencia T-443 de 2022. En ella se establece que

*“los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, conforme a la cual, su retiro solo procederá por razones previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la plaza en propiedad por quien haya superado un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como principio rector. En el caso de sujetos de especial protección constitucional, la autoridad nominadora deberá prodigarles un trato preferencial, en el sentido de adoptar las medidas necesarias para que sean los últimos en ser desvinculados y, si existen vacantes en cargos equivalentes a los que venían ocupando, nombrarlos en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso.”*

Asimismo, la Corte Constitucional ha fijado reglas precisas en materia de concurso público y estabilidad laboral relativa por razones de embarazo. En su sentencia SU- 070 de 2013, en los siguientes términos:

*“(…) Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtir el cargo de la mujer embarazada o lactante por quien ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia(…)”.*

De lo expuesto se extrae que, independientemente de que existan personas vinculadas en provisionalidad con situaciones de especial vulnerabilidad, el ente nominador está en la **obligación** de nombrar y posesionar a quien en mérito obtuvo su derecho prevalente.

Sin embargo, el acto administrativo de desvinculación de los provisionales no puede ser caprichoso ni arbitrario, sino que por el contrario debe estar **debidamente motivado** y fundamentado. Además, es claro que la administración, **de ser posible**, debe emprender **medidas afirmativas** en favor de empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales.

### Requisitos de procedibilidad de la Acción de Tutela.

La acción incoada por la parte accionante es improcedente, teniendo en cuenta que el MEN con ninguna de sus acciones y decisiones ha vulnerado o amenazado ninguno de los derechos fundamentales invocados por la tutelante, teniendo en cuenta lo siguiente:

En primera medida, el régimen jurídico de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos está definido, principalmente por cuatro disposiciones: la primera, contenida en el tercer inciso del artículo 86 Superior, mediante la cual el Constituyente determinó una de las características de la acción: la subsidiariedad. En este inciso se afirma: "Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

La segunda, está contenida en el numeral primero del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, en donde se afirma que "La acción de tutela no procederá: 1º 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 mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante."

La tercera, contenida en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 en el que se indican algunas medidas provisionales que puede adoptar el juez de tutela para la protección de los derechos fundamentales, así: "Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho suspenderá la ejecución del acto concreto que lo amenace o vulnere".

La cuarta, contenida en el último inciso del artículo 8 del referido decreto, en donde se prescribe: "Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse juntamente con la acción de nulidad y las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo." En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

Es de anotar, que el amparo constitucional se consagró para restablecer los derechos fundamentales conculcados o para impedir que se perfeccione su violación si se trata apenas de una amenaza, pero que, de todas maneras, su presupuesto esencial, insustituible y necesario, es la afectación -actual o potencial- de uno o varios de tales derechos, que son cabalmente los que la Carta Política quiso hacer efectivos, por lo cual la justificación de la tutela desaparece si tal supuesto falta. Si no existe vulneración o amenaza, no prospera la garantía tutelar.

INFORME CLINICA GENERAL DEL NORTE  
TATIANA GUERRERO LONDOÑO en calidad de coordinadora general departamental del programa magisterio atlántico, manifestó:

### IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA POR INEXISTENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

En primera instancia, me permito manifestar a su señoría, que mi representada no ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud de la paciente JINA NORIEGA VARGAS, motivo por el cual esta acción de tutela es **IMPROCEDENTE** y en consecuencia deben negarse las pretensiones al no existir vulneración de los derechos fundamentales esbozados.

### INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL

Sea lo primero manifestar al Despacho que mi representada no ha vulnerado los derechos fundamentales de la parte accionante, por lo que estamos frente a una acción de tutela IMPROCEDENTE que debe ser denegada ante la inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales reclamados, teniendo en cuenta, que mi representada NO está facultada para realizar AFILIACIONES, DESAFILIACIONES, ni REINTEGROS, y lo único cierto, es que estamos obligados a suministrar los servicios médicos a los docentes activos y pensionados y a su grupo familiar, que son REPORTADOS MENSUALMENTE POR EL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA, EN SU BASE DE DATOS.

Por lo cual, y de acuerdo con lo anterior, se realizó la respectiva consulta en la base de datos Hosvital Fiduprevisora; aseguramiento régimen especial del magisterio, y la Sr.(a) JINA NORIEGA VARGAS identificado(a) con CC 1051357263, registra con servicios médicos **ACTIVOS** en la ciudad de Barranquilla – Atlántico en calidad de Cotizante Docente, perteneciente a la Planta de Educadores del Departamento de Atlántico y su estado actual es **ACTIVO**, como se evidencia en la siguiente imagen:

The screenshot shows a web application interface for consulting affiliation data. It includes search filters for 'Código', 'Número Cotizante/Operador', and 'Módulo'. Below the filters, there are two data tables. The first table, 'Datos Personales', lists personal information for 'JINA NORIEGA VARGAS'. The second table, 'Datos Operador', lists operator information for 'ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A.'.

Tipo Documento	Número Documento	Nombre Completo Cotizante	Fecha Nacimiento	Dirección Residencia	Departamento Residencia	Municipio Residencia	Género	Celular	Correo Electrónico	Tipo Ocupación	Grado Ocupación
BM	Cédula de Ciudadanía 1051357263	JINA NORIEGA VARGAS	16/01/1987	N/D RESIDIA	ATLANTICO	NALANBO	Femenino	111111111		Sin ocupación	

Tipo Operador	Nombre Operador	Región	Tipo De Afiliación	Fecha Afiliación	Departamento Afiliación	Municipio Afiliación	Departamento Laboral	Municipio Laboral	Estado Afiliación	Orden Judicial	Nombre	
af	Unión Temporal	ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A.	región 4	COBAMBA docente	01/01/2002	ATLANTICO	BARRANQUILLA	ATLANTICO	MALAAIRO	ACTIVO	SI	

En consecuencia, y de acuerdo con lo anterior, la docente JINA NORIEGA VARGAS registra con los servicios médicos **ACTIVOS** en la base de datos que mensualmente nos envía el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA, de los docentes activos y beneficiarios para la prestación de los servicios médicos en nuestra institución, los cuales serán suministrados con diligencia y oportunidad toda vez se encuentre registrada en el modulo de afiliaciones FOMAG en el estatus **ACTIVO**.

#### **A LAS PRETENSIONES**

LA -ORGANIZACION CLINICA GENERAL DEL NORRE SAS, se **OPONE** a las pretensiones de la extrema activa en razón, que cada una de las pretensiones de la acción de tutela de la referencia deben ser denegadas en contra de mi representada, por no tener facultades para decidir si le asiste derecho o no a lo pretendido dentro de la presente acción de la referencia. Lo único cierto, es que el vínculo jurídico directo de afiliación con los docentes y sus beneficiarios es competencia del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – y su administradora, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, en acompañamiento de las entidades territoriales SECRETARIA DE EDUCACIÓN, y no de mi representada, nosotros solo somos una IPS contratada para la prestación de servicios médicos, todo lo cual nos encontramos haciendo con la accionante desde el mismo momento en que registro con los servicios médicos activos con nuestra entidad.

1°) Una vez somos notificados de la presente acción de tutela, procedimos a realizar una auditoría del caso a través de nuestro **EQUIPO MEDICO JURIDICO** en aras de dar mayor claridad al Despacho y ejercer nuestro derecho de defensa en debida forma; las resultas de dicho estudio nos permiten informar:

2°) Conviene indicar, que la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE SAS, suministra los servicios médicos integrales a los docentes activos y pensionados y su grupo familiar, en cumplimiento del contrato celebrado con el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUPREVISORA.

2°) Que, en virtud de este contrato, mi representada **NO** está facultada para realizar reintegros laborales y dirimir las pretensiones que motivaron la interposición de la tutela y lo único cierto es que estamos obligados a suministrar los servicios médicos a los docentes activos y pensionados y a su grupo familiar, que son **REPORTADOS MENSUALMENTE POR EL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA**, así como tampoco, tenemos facultades o competencia para realizar **AFILIACIONES, REINTREGROS Y/O DESAFILIACIONES** y simplemente nos limitamos a suministrar servicios de salud como IPS contratada por FOMAG y FIDUPREVISORA, conforme a la base de datos enviada mensualmente.

3°) Señoría LA ORGANIZACION CLINICA GENERAL DEL NORTE SAS, no tiene facultades para decidir sobre lo peticionado, como lo solicitado hoy por el accionante, esto es competencia del empleador del docente, en este caso de la SECRETARIA DE EDUCACION y no de mi representada, nosotros solo somos una IPS contratada para la prestación de servicios médicos, todo lo cual hemos hecho en el caso de la docente, pero no tenemos injerencia o participación en la afiliación de los docentes.

4°) Nuestra obligación es suministrar los servicios médicos y hospitalarios a que los docentes y sus beneficiarios que se encuentran activos en la base de datos del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA.

5°) Que, en estos momentos, nuestra institución se encuentra suministrando a la paciente JINA NORIEGA VARGAS los servicios médicos de conformidad a su estado de salud, así como valoraciones, exámenes, estudios, medicamentos y tratamientos determinados por los especialistas adscritos a nuestra red contratada para la atención de los docentes y sus beneficiarios.

6°) Aunado a lo anterior, conviene reiterar a su Señoría que la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE SAS es solo una IPS que contrata el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO para suministrar a los docentes activos y pensionados y su grupo familiar los servicios médicos establecidos por unos pliegos de condiciones señalados directamente por el Fondo y que son de pleno conocimiento de los docentes.

7°) Señoría me permito manifestar que nuestra entidad no tiene participación en los hechos que hoy son objeto de esta acción constitucional, por lo que debe declararse su improcedencia con respecto de la ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE SAS.

8°) Por consiguiente, solicitamos al Juez Constitucional, **DESVINCULAR** del presente tramite tutelar a la IPS ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A.S, teniendo en cuenta que mi representada es una IPS contratada por el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A para el exclusivo suministro de los servicios médicos hospitalarios a los docentes y sus beneficiarios en estado **ACTIVO** conforme a los pliegos de condiciones establecidos y las pretensiones solicitadas por la parte actora dentro de la acción de tutela de la referencia, se escapan de la órbita para lo que fue contratada mi representada.

## **FUNDAMENTOS PARA DECLARAR LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA- TOTAL APLICABILIDAD AL CASO CONCRETO**

En relación con la improcedencia de la acción de tutela, ha afirmado la Alta Corporación Constitucional en reiteradas ocasiones: "...la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva y cierta del derecho presuntamente violado o amenazado, lo cual explica la necesidad de un mandato proferido por el juez en sentido positivo o negativo. Ello constituye a la vez el motivo por el cual la persona que se considera afectada acude ante la autoridad judicial, de modo que, si la situación de hecho de lo cual esa persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial en que consiste el derecho alegado está siendo satisfecha, ha desaparecido la vulneración o amenaza y, en consecuencia, la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío."

En otras oportunidades señaló igualmente la Corte Constitucional: "...Como lo ha dejado sentado esta Corporación en su amplia jurisprudencia, el objeto esencial de la acción de tutela es garantizar la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales, pues, ciertamente, el sentido de este amparo judicial es que el juez constitucional, una vez analizado el caso particular, pueda proferir un fallo en procura de la defensa de los derechos vulnerados al afectado, siempre y cuando exista motivo para ello.

### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

JUZGADO TERCERO PROMISCUO MUNICIPAL DE MALAMBO, a través de providencia del 8 de febrero de 2024, resolvió la solicitud de amparo, fallo del cual se transcribe su parte resolutive:

*"1.- CONCEDER el amparo del derecho fundamental de Petición solicitada por la señora JINA NORIEGA VARGAS en contra de la entidad SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE MALAMBO ATLÁNTICO, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.*

*2.- ORDENAR a la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE MALAMBO ATLÁNTICO, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente proveído, proceda a dar respuesta de fondo, clara, oportuna y completa a la petición radicada ante la entidad mediante correo electrónico de fecha 05 de diciembre de 2023, por la accionante señora JINA NORIEGA VARGAS.*

*3.- DECLARAR la improcedencia por no existir vulneración, al amparo del derecho fundamental a la Estabilidad Laboral Reforzada, Al Trabajo, Al Mínimo Vital, A La Seguridad Social Y El Fuero De Maternidad de la señora JINA NORIEGA VARGAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.." (...)*

### DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte accionante presentó impugnación bajo los siguientes argumentos:

Con la finalidad de que el señor juez del circuito revise la decisión de primera instancia, por haber incurrido en:

#### **DEFECTO FÁCTICO:**

#### **EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN CONCRETA**

Las colisiones entre normas jurídicas de igual jerarquía constitucional deben solucionarse de forma que se logre la óptima eficacia de las mismas. EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD CONSTITUCIONAL exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran.

El ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya solución hace necesaria la armonización concreta de las normas constitucionales enfrentadas. EL PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN CONCRETA impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto.

Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra.

**EL PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN** concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad. En este proceso de armonización concreta de los derechos, el PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, que seduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.P., art. 95-1), juega un papel crucial. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna.

La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.P., art. 2), y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos.

En la actuación cuestionada se evidencia claramente a continuación los siguientes vicios o defectos:

#### **DEFECTO FÁCTICO**

Esta corporación ha señalado que se incurre en defecto fáctico en aquellos eventos en los cuales se omite decretar pruebas necesarias para tomar una decisión en derecho y justicia, cuando no se aprecia el acervo probatorio, se valora inadecuadamente o se profieren fallos fundamentados en pruebas irregularmente obtenidas o simplemente no fueron valoradas en su debida forma o simplemente actuó de manera caprichosa al no solicitar pruebas relevantes que pudieron cambiar el rumbo de todo lo solicitado en la presente acción, tal como ocurre en presente caso en estudio como:

- ✓ *No solicito La Relación De Los Docentes Con Estabilidad Reforzada Identificados En Su Jurisdicción. Conforme A La Circular 039/23.*
- ✓ *Se le solicito oficiar al Ministerio De Educación y a su vez se sirviera informar si o no, el ente territorial la envió a la Subdirección de Recursos Humanos del Sector Educativo del Ministerio de Educación Nacional a través del Sistema de Gestión Documental de la entidad. No se observa en el expediente prueba sumaria que demuestre que si la solicito.*
- ✓ *No le solicito a la Secretaria De Educación en auto admisorio, dar respuesta al derecho de petición que hasta la fecha no ha respondido, sin embargo, ya no tiene sentido obtener una resolución cuando el daño ya se consumió, dado que se buscaba con el mismo se garantizara mi derecho laboral reforzado y de gravedad.*

El procedimiento aplicado, en la separación del cargo de la señora accionada, no fue el correcto, había que darle trámite por parte de la Alcaldía vs Secretaria a la circular 024 y 039 del 2023 y los derechos constitucionales que le asisten como mujer embarazada de alto riesgo, veamos los siguientes artículos de la **norma superior**:

***El artículo 2.** Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*

***Artículo 13.** El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

- ✓ El en presente caso en litigio, se observa que la señora Jina Noriega notificaba constantemente a la institución educativa **publica de su estado de embarazo**, lo mismo hizo con la secretaria de educación a través del derecho de petición, el cual no fue respondido y tan poco lo tuvo en cuenta en su resolución, el señor juez al momento de su fallo.
- ✓ Evidencio un riesgo inicialmente el señor juez de primera instancia considero que había un peligro inminente, prueba de ello es el haber accedido a medida provisional solicitada en la tutela, sin embargo, no fue coherente en la decisión final:

*“Se puede colegir que la accionante no ha probado el perjuicio irremediable...”*

El daño, es desvinculación del cargo y su consecuencia es intranquilidad, desespero; por no percibir ingresos producto de su trabajo, el cual hoy no tengo, con que voy a subsistir durante el embarazo y gestación, como me transporto a los controles médicos, con que voy a comprar comida.

La actuación del señor juez y de las entidades publica no tuvieron en cuenta mi estado, mis necesidades y la manera irregular de las accionadas; contrastan con el siguiente **artículo 43**:

*Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado...*

*El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.*

No tuvieron piedad alguna y sin mediar el debido proceso actuaron a su albedrío.

En el caso particular es un tema de vieja data que se viene dando cada vez que hay concurso publico en todas las entidades del estado, donde los grandes perjudicados son personas con patología de catastróficas o mujeres embarazadas; todas las autoridades judiciales que conocen de las distintas acciones que radican en sus despachos sus argumentos son los mismo, ejemplo que la persona que gano el concurso tiene mejor derecho que aquel estaba en provisionalidad, no es así.

En virtud de anteriormente citado, el estado en cabeza de la CNSC (Comisión Nacional del Servicio Civil); tiene la obligación de regular este tipo de situaciones, sin embargo, permite que suceda, para luego decir que no es responsable de la controversia en los concursos.

### Competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil

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.

### SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Si bien es cierto, que estoy activa en el sistema de seguridad social en salud nada me garantiza que lo este hasta la terminación de mi embarazo y la licencia; es probable que el 16 de febrero ya no lo este, por políticas del **FOMAG**, este servicio dura treinta (30) día a partir de haber avocado el conocimiento de la notificación, es decir desde el 15 de enero de 2024 fecha en la cual soy notificada.

Y no como lo asevera la secretaria de educación en su PAZ Y SALVO, es ese el tiempo que dan después de ser retirada, ejemplo en el juzgado 11 municipal de Barranquilla cursa acción de tutela (-2024-00073-00) por desvincular a una docente con patología catastrófica, duro afiliada un mes, recibiendo los servicios de salud y la retiraron el 30 de enero de 2024. Durante el desarrollo de esa tutela tuvo la imperiosa necesidad de interponer el desacato y fue a sí como la CLÍNICA GENERAL Y EL FOMAG, nuevamente la activaron:

fiduprevisora		fomag	
<b>CERTIFICACIÓN</b>			
El (s) señor(a) identificado(a) con tipo de documento 1. Cédula de Ciudadanía y con número		El (s) señor(a) identificado(a) con tipo de documento 1. Cédula de Ciudadanía y con número	
presenta los siguientes datos referente a la afiliación al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.		presenta los siguientes datos referente a la afiliación al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.	
<b>Información del Cotizante:</b>			
Nombres Cotizante:	Apellidos Cotizante:	Nombres Cotizante:	Apellidos Cotizante:
Tipo Documento:	1. Cédula de Ciudadanía	Número Documento:	
Estado Actual:	2 - Retirado	Tipo de Afiliación:	1 - Cotizante docente
Fecha de Afiliación a salud:	08/03/2017	UT Afiliación:	ORGANIZACIÓN CLÍNICA GENERAL DEL NORTE S.A.
Fecha de Retiro:	30/01/2024		

## PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo preceptuado por el actor corresponde analizar si: ¿Es procedente la acción de tutela para conceder las pretensiones de la parte actora, en virtud de la culminación del nombramiento en provisionalidad y su condición de gestante?

¿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.

**EL DERECHO AL TRABAJO:** La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada.

Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que *“Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad”*.<sup>1</sup>

Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta.

El artículo 25 de la Constitución Política dispone que *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”*

**EL DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL:** Señalado en el Art. 49 de la Constitución Política. La salud es un derecho constitucional fundamental, no solamente, por guardar estrecha relación con los derechos a la vida, la integridad personal y la Dignidad humana, a partir de la sentencia T – 960 de 2008 la Corte Constitucional le dio ese carácter como derecho autónomo.

El reconocimiento de la salud como derecho fundamental se halla en consonancia con la evolución de su protección en el ámbito internacional.

**DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:** Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-320/16, señaló.

*“El artículo 53 de la Constitución Política consagra el derecho a la estabilidad laboral como principio que rige todas las relaciones laborales y que se manifiesta en “la conservación del cargo por parte del empleado, sin perjuicio de que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral al verificar que se ha configurado alguna de las causales contempladas en la ley como “justa” para proceder de tal manera o, que descrito cumplimiento a un procedimiento previo”*

*Teniendo en cuenta el estado de debilidad manifiesta en que se pueden encontrar aquellos trabajadores discapacitados o con afecciones en su salud, y con el objeto de brindarles una protección especial que les garantice la permanencia en su trabajo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado a partir del principio de estabilidad en el empleo, el derecho a la estabilidad laboral reforzada; conforme al cual, el empleador sólo podrá desvincular al trabajador que presente disminución física o psíquica, cuando medie autorización del inspector del trabajado y por causa distinta a la de su padecimiento.*

---

1 Corte Constitucional, Sentencia T-222 de 1992

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en: “ (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz”

Así mismo, el artículo 47 constitucional dispone que el Estado adoptará políticas de previsión, rehabilitación e integración social de todas las personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas. Estas personas recibirán la atención especializada que requieran para vivir en condiciones de vida digna. De igual forma, el artículo 54 Superior le impone el deber a los empleadores y al Estado de garantizarles a las personas con discapacidad el derecho a trabajar en condiciones que se ajusten a sus condiciones de salud.

En concordancia con la anterior, el legislador a través del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, dispuso que:

“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

De esa manera se creó una protección especial para las personas que por cuestiones de salud se ven incapacitadas para cumplir con su trabajo en las condiciones que podrían hacerlo de no padecer los quebrantos a su integridad. Con ello se garantiza la protección de actos discriminatorios en su contra.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-531 de 2000 declaró la exequibilidad del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997 bajo el entendido que, en virtud de los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad, así como de especial protección constitucional en favor de personas con habilidades diversas, carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona en razón a su discapacidad, sin que exista autorización previa de la oficina del trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha aplicado la “presunción de desvinculación laboral discriminatoria” cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo. Ello en razón a que se hace necesario presumir que la terminación del contrato se fundó en la enfermedad del empleado, en la medida que es una carga desproporcionada para quien se encuentra en situación de vulnerabilidad.

De conformidad con lo anterior, y en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del

*contrato, tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.*

*En efecto, la Corte Constitucional ha entendido que esa protección especial debe ser considerada como una estabilidad laboral reforzada que conlleva a la reubicación del trabajador afectado en una posición laboral en la que puede potencializar su capacidad productiva, sin que su enfermedad o discapacidad sirvan de obstáculo para realizarse profesionalmente. Con ello se logra balancear los intereses del empleador al maximizar la productividad de sus empleados, mientras que el trabajador logra conservar su trabajo, garantizándole su vida en condiciones dignas y su mínimo vital.*

*Con todo, esta Corporación ha indicado que cuando se trata de personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta y que son discriminadas por su condición médica, la estabilidad laboral reforzada se convierte en el mecanismo idóneo para garantizar el derecho fundamental a la igualdad.*

*De acuerdo con lo anterior, la Corte ha indicado que la estabilidad laboral reforzada es un derecho que tienen todas las personas que por el deterioro de su salud se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Es decir que esta figura opera para cualquier trabajador que por su condición de salud, se vea afectada su productividad, sin que sea necesario que cuente con una discapacidad declarada, certificada y cuantificada por una junta de calificación médica, ni que su origen sea determinado.*

*Así lo sostuvo la Sala Octava de Revisión de Tutelas, cuando en la Sentencia T-394 de 2014 precisó que las consecuencias de despedir a una persona en situación de discapacidad y sin autorización del Ministerio del Trabajo son:*

*“(i) que el despido sea absolutamente ineficaz;  
(ii) que en el evento de haberse presentado éste, corresponde al juez ordenar el reintegro del afectado y,  
(iii) que sin perjuicio de lo dispuesto, el empleador desconocedor del deber de solidaridad que le asiste con la población laboral discapacitada, pagará la suma correspondiente a 180 días de salario, a título de indemnización, sin que ello signifique la validación del despido”.*

*Cuando un trabajador sufra de una afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, no podrá ser despedido ni su contrato terminado hasta que no se constituya una justa causa, mientras persistan las condiciones que originaron la relación laboral y mientras que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente.*

*Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido que existe una presunción de violación a los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad, cuando el empleador termina el contrato de un trabajador que ha sufrido una afectación a su estado de salud, sin que mediara la autorización del Ministerio del Trabajo.*

*Para esta Sala, el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene lugar cuando, el trabajador es sometido a una variación intempestiva de su salud, o su situación económica y social. En atención a ello, si el empleador tiene la intención de despedir a una persona en estado de discapacidad, debe solicitar permiso al Ministerio del Trabajo.*

*Este procedimiento tiene fundamento en la aplicación de los principios del Estado Social de Derecho, la igualdad material y la solidaridad social, presupuestos supraleales que establecen la obligación constitucional de adoptar medidas en favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta por parte del Estado.*

*La Corte Constitucional ha fijado las reglas jurisprudenciales aplicables a los casos en que se discute la estabilidad laboral reforzada de personas discapacitadas, bajo tratamiento médico, o en situación de debilidad*

manifiesta y fueron compendiadas en la sentencia T-899 de 2014. En la mencionada providencia se indicó que:

*“una persona en situación de debilidad manifiesta por deterioro en su estado de salud, será titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada cuando (i) se encuentre demostrado que padece de serios problemas de salud; (ii) cuando no haya una causal objetiva de desvinculación; (iii) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral; y (iv) el despido se haya hecho sin la autorización previa del inspector de trabajo.”*

*Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada también es aplicable a las relaciones laborales surgidas a partir de la suscripción de un contrato a término definido, motivo por el cual, el vencimiento de su término de duración no es razón suficiente para darlo por terminado cuando el empleado se encuentra en estado de debilidad manifiesta.*

*En este sentido, si el trabajador es un sujeto de especial protección constitucional, en los contratos a término fijo también es imperativo que el empleador acuda ante la oficina del Trabajo con el fin de obtener la autorización correspondiente para dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo pactado.”*

## DE LOS CONCURSOS DE MÉRITO

En Sentencia de Unificación SU-133 del 02 de abril de 1998, la Honorable Corte Constitucional a propósito de los concursos de mérito hizo claridad bajo los argumentos que se esbozan a continuación:

*“La Constitución de 1991, con las salvedades que ella misma indica, ha hecho del sistema de cartería el general y obligatorio para la provisión de cargos al servicio del Estado, en todas sus ramas y órganos, para el ascenso dentro de la jerarquía de cada uno de ellos, para la permanencia de los empleados y para el retiro del servicio público (art. 125 C.P.).*

*Lo que procura el orden jurídico, mediante la exigencia de que se aplique el sistema de cartería y no la preferencia caprichosa del nominador en la selección, promoción y salida del personal que trabaja para el Estado, es por una parte la realización del principio constitucional de estabilidad en el empleo (art. 53 C.P.), por otra la escogencia de los mejores, en busca de la excelencia como meta esencial del servicio público, y, desde luego, el señalamiento del mérito como criterio fundamental que oriente a los directivos estatales acerca de la selección de quienes habrán de laborar en dicho servicio en sus distintas escalas.*

*En cuanto al acceso al servicio público, la Constitución Política dispone que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por ella misma o por la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.*

*La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado.*

*Así concebida la carrera, preserva los derechos al trabajo (a/ts. 25 y 53 C.P.), a la igualdad (art. 13 C.P.) y al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40, numeral 7, C.P.), realiza el principio de la buena fe en las relaciones entre las personas y el Estado y sustrae la actividad estatal a los mezquinos intereses de partidos políticos y grupos de presión que antaño dominaban y repartían entre sí los cargos oficiales a manera de botín burocrático. (.....)*

*El inciso 3 del artículo 125 de la Constitución establece que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso a los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.”*

De lo anteriormente expuesto, se colige que los concursos de mérito, constituyen el mecanismo planteado por el constituyente como el medio más eficaz e idóneo en aras de que el Estado, basándose en los criterios de imparcialidad y objetividad, evalúe el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de quienes aspiren a ocupar un cargo público, ello tiene la finalidad de elegir a personas idóneas y capacitadas para desempeñar las funciones asignadas al mismo, alejando dicho proceso de motivaciones subjetivas, así como de preferencias o animadversiones e inclusive de toda influencia política, económica o social que pudiere interferir en la finalidad del proceso de selección por meritocracia.

Referente a la acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección ante las actuaciones surtidas durante el trámite de un concurso de méritos, tenemos que el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta a través del Consejero Ponente doctor JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, en fallo de tutela del 26 de julio de 2018 dentro de la acción constitucional radicada bajo el N° 11001-03-15-000-2018-02110-00, se refirió al respecto en los siguientes términos:

*"2.2.1. Según el numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procede cuando existen otros medios de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*Y ese mecanismo de defensa judicial, según reiterada jurisprudencia constitucional, debe ser eficaz, pues de no serlo, la tutela procede como medio judicial de protección de los derechos fundamentales.*

*En los casos específicos de los concursos de méritos para la provisión de empleos, se ha indicado que las decisiones dictadas dentro de estas actuaciones generalmente constituyen actos de trámite, contra los cuales no proceden los recursos de la vía gubernativa ni los medios de control que regula la Ley 1437 de 2011 -CPACA-.*

*Por lo tanto, en el evento de que se presente en desarrollo del concurso la flagrante violación de un derecho fundamental, la acción de tutela para el afectado resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judiciales para lograr la continuidad en el concurso. Así lo aceptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en anterior ocasión y lo ha reiterado esta Sección.*

*Sin embargo, también se ha expuesto, en reiteradas oportunidades por esta Sala, que cuando existe lista de elegibles para proveer un empleo, el interesado cuenta con otro medio de defensa judicial como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.*

*Esto es así porque dicha lista constituye un acto administrativo definitivo que, en principio, tiene vocación de permanencia y está amparado por la presunción de legalidad. Así, para ser excluido del universo jurídico o modificarlo, la ley ha previsto mecanismos idóneos, dentro de los cuales se puede pedir, como medida cautelar, la suspensión provisional de actos ilegales y dañinos que el juez natural debe decretar de encontrarse fundada y probada.*

*Igual situación ocurre con los actos de exclusión de un elegible de la correspondiente lista, al constituir un acto administrativo definitivo que impide el correspondiente nombramiento en la entidad para la que se adelantó el concurso de méritos.*

222. En el caso bajo examen, según fue expuesto en los antecedentes, la actora pretende: (i) dejar sin efectos la Resolución CJR18-332 del 29 de mayo de 2018, proferida por la Unidad de Carrera Judicial, y (ii) que la Universidad de Pamplona de respuesta clara y de fondo a la petición presentada por la actora el 30 de enero de 2018.

223. Respecto a la primera pretensión, la Sala pone de presente que la Unidad de Carrera Judicial profirió la Resolución CJR18-332 del 29 de mayo de 2018 para resolver el recurso de reposición formulado por la actora contra la Resolución PCSJSR18-1 del 12 de enero del mismo año.

Ahora, mediante esta última resolución, la unidad conformó el registro de elegibles para diversos cargos de la Rama judicial, dentro de los cuales está el de magistrada de tribunal superior de distrito, sala civil-familia, por el que optó la actora al ingresar al concurso.

Lo expuesto significa que la solicitud de amparo está controvirtiendo la legalidad de los actos administrativos que establecieron la lista de elegibles para proveer, entre otros, el cargo de magistrada de tribunal superior de distrito, sala civil-familia, por el cual optó la actora.

Como fue expuesto anteriormente, el precedente de esta Sala señala que la actora cuenta con otro medio de defensa para controvertir la legalidad de estos actos administrativos definitivos, consistente en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual resulta idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, la acción de tutela de la referencia no resulta procedente frente a la pretensión de dejar sin efectos la Resolución CJR18-332 del 29 de mayo de 2018, en aplicación del precedente establecido por esta Sala."

Ahora bien, del análisis de lo anteriormente expuesto anteriormente, en primera instancia esta agencia considera que no es este mecanismo constitucional el medio idóneo a fin de controvertir la legalidad de los actos administrativos que proveen las listas de elegibles para proveer cargos en virtud de un concurso de mérito, como quiera que en este caso la actora cuenta con otro mecanismo judicial como lo es el acción contencioso administrativa de control de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez, que el acto administrativo que provee una lista de elegibles resulta definitivo, en principio se puede afirmar que tiene vocación de permanencia y se encuentra amparado por la presunción de legalidad.

Se sobreentiende entonces, que para que tal acto administrativo sea modificado o pierda fuerza jurídica, la ley ha establecido los mecanismos idóneos ante la justicia ordinaria, dentro de los cuales se puede solicitar como medida cautelar, la suspensión provisional de las actuaciones que se consideren ilegales o vulnerarias, la cual de encontrarse fundadas y probadas se procederá a ser decretada.

## ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EMBARAZADA

3.1. En la sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013, la Corte unificó criterio en lo que se refiere a la protección laboral reforzada de la mujer embarazada frente a cualquier forma de vinculación existente tanto en el sector público como privado, y las medidas sustitutivas de protección del fuero de maternidad en los eventos que no sea factible ordenar el reintegro, por haber operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral.

De manera puntual, en ese fallo la Corte habló del tratamiento cuando se trata de empleada embarazada que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido. Dijo la Corte:

"Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el

*de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtir el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia". (Resaltado y subrayas ajenas al texto citado).*

## CASO CONCRETO

El caso *sub-examine*, se contrae a verificar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales invocados por la señora JINA NORIEGA VARGAS, por parte de la INSTITUCION EDUCATIVA SAN SEBASTIAN , SECRETARIA DE EDUCACION Y ALCALDIA DE MALAMBO, con ocasión de su desvinculación del cargo que venía desempeñando en provisionalidad, a pesar de ser una gestante.

De los hechos relatados por la parte actora; se tiene que fue nombrada legalmente en provisionalidad por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE MALAMBO ATLÁNTICO, mediante decreto 497 firmado el 14 de octubre 2022 y tomo posesión el 31 de octubre de la misma anualidad, como Docente En La Institución Educativa San Sebastián, Ubicada En La Cabecera Municipal Del citado municipio.

Que mediante derecho de petición a la SECRETARIA EDUCACIÓN DE MALAMBO, solicitó se le respetara FUERO DE MATERNIDAD / PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA, el cual fue radicado el día de 05 del mes de diciembre 2023 a las 10:23:35 am; EL REQUERIMIENTO FUE ASIGNADO AL FUNCIONARIO JAIDER ENRIQUE HERNÁNDEZ CARO.

Que fue retirada del cargo actuó de manera autoritaria, ignorando la circular 039 de 2023 que le ordena y le dice como se debe actuar antes de proceder a despedir a sujetos de especial protección constitucional o con estabilidad laboral reforzada, lo anterior fue notificado a su correo el día 15 de enero del presente año, en el me llego el DECRETO No. 1037 expedido el 21 de diciembre del año 2023.

Por lo anterior, solicita el amparo a sus derechos fundamentales y en consecuencia se ordene a la accionada el reintegro al cargo y reconocer y pagar salarios y prestaciones dejados de recibir desde el despido hasta el reintegro.

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo, mediante fallo de fecha 8 de febrero de 2024 resolvió conceder el amparo al derecho fundamental de petición a quedar acreditado que la misma no ha sido resuelta por la accionada, y además resuelve declarar improcedente el amparo solicitado al considerar que la actora cuenta con otros mecanismos de defensa a fin de obtener la protección invocada constitucionalmente.

En la sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013, la Corte unificó criterio en lo que se refiere a la protección laboral reforzada de la mujer embarazada frente a cualquier forma de vinculación existente tanto en el sector público como privado, y las medidas sustitutivas de protección del fuero de maternidad en los eventos que no sea factible ordenar el reintegro, por haber operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral.

De manera puntual, en ese fallo la Corte habló del tratamiento cuando se trata de empleada embarazada que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido.

Dijo la Corte:

*“Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la*

*plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia”.*

Así mismo, referente a la estabilidad relativa de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, consideró:

*“...Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.*

*Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”*

*En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 20112, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:*

*“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación<sup>3</sup>, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que*

---

2 1 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión correspondió a la Corte, entre otros asuntos, resolver dos interrogantes: i) si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes estaban en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad, pese a su condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente, y ii) determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales –no sujetos de especial protección– al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso. Concluyó que “[e]n el caso de los provisionales que son sujetos de especial de (sic) protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010”.

3 Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos (cita del texto).

*ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación<sup>3</sup>. En consecuencia, 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”*

Así mismo; en cuanto a la estabilidad laboral relativa en el marco del Decreto 3905 de 2009, expresó:

*“La estabilidad laboral relativa de los empleados nombrados en cargos de carrera en provisionalidad y que se acogieron al beneficio establecido en el Decreto 3905 del ocho (8) de octubre de dos mil nueve (2009), hace referencia a aquellos funcionarios que (i) fueron nombrados en tales empleos antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004) y (ii) a la fecha de la expedición del Decreto 3905 les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, en cuyo caso (iii) sus puestos serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional<sup>4</sup>.*

*El Presidente de la República expidió el Decreto 3905 de 2009, “por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa”, con el fin de otorgar una protección consistente en la permanencia en el empleo, en el marco de la realización de un concurso de méritos, a los funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad y se encuentran próximos a pensionarse. Esto, en aras de evitar la desvinculación del servicio de manera inmediata y sin consideración alguna de su condición de prepensionados.*

*Mediante el Acuerdo 121 de 2009, “por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009”, se determinó en el artículo 1º que los jefes de los organismos o entidades deberán reportar a la CNSC, en virtud de lo previsto en el Decreto 3905, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación del referido Decreto, los empleos que se encuentren ocupados en las siguientes condiciones: (i) que se trate de un empleo vacante en forma definitiva que pertenezca al sistema de carrera general, a los sistemas específicos y al sistema especial del Sector Defensa; (ii) que esté siendo desempeñado con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004); (iii) que quien esté desempeñado dicho empleo en las anteriores condiciones, a la fecha de expedición del Decreto 3905 de 2009, esto es, ocho (8) de octubre, le falten tres (3) años o menos para causar su derecho a la pensión de jubilación, y (iv) entendiéndose que se ha causado el derecho a la pensión cuando se cumpla con la totalidad de los requisitos, que conforme con las normas vigentes, le permitan al servidor solicitar su reconocimiento pensional.*

*El artículo 12 del Acuerdo en cita, consagra la condición suspensiva en que queda sometida la posibilidad de ofertar en un concurso de méritos un cargo ocupado en provisionalidad por un prepensionado: “Los empleos reportados ante la CNSC desempeñados por servidores*

---

4 4 El artículo 1º del Decreto 3905 de 2009 estableció: “Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema de carrera general, de los sistemas específicos y especial del Sector Defensa, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004) a cuyos titulares a la fecha de expedición del presente decreto les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional. || Surtido lo anterior, los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004, en los Decretos-ley 765, 775, 780, 790 de 2005, 91 de 2009 y en sus decretos reglamentarios...”.

*provisionales en condición de prepensionados que cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto 3905 de 2009, estarán sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional”.*

*Como se observa, el Decreto 3905 y el Acuerdo 121, ambos de dos mil nueve (2009), tienen entre sus finalidades que aquellos empleos que se encuentren ocupados por funcionarios provisionales nombrados antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004) y que tengan la calidad de prepensionados, puedan ser identificados y excluidos del concurso de méritos por estar sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional. Para ello, deberá seguirse el procedimiento previsto para reportar ante la CNSC los empleos vacantes en forma definitiva provistos de manera provisional con prepensionados, que señala el artículo 2 del Acuerdo 121: “El trámite sólo podrá iniciarse por solicitud del interesado ante el representante legal de la entidad donde se encuentre vinculado el servidor, acompañando para tal fin la información necesaria para que la entidad pueda constatar su situación de prepensionado, de acuerdo con los términos establecidos en el Decreto 3905 de 2009”.*

*Lo expuesto pone de presente la relevancia constitucional de garantizar una protección especial en relación con la estabilidad en el empleo de las personas próximas a pensionarse, que se encuentren bien sea en el marco de un proceso de reestructuración del Estado, de liquidación de una entidad o de cualquier otra situación en la cual entren en tensión los derechos al mínimo vital, al trabajo, frente a la aplicación de disposiciones que impliquen el retiro del cargo, en aras de garantizar el disfrute de la pensión de vejez como manifestación del derecho a la seguridad social.”*

A juicio de este funcionario, la motivación del retiro del servicio de la actora es razonable y consecuentemente, no se evidencia, *prima facie*, la utilización abusiva y arbitraria de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio, relacionado directamente con la circunstancia constitucionalmente protegida, relacionada con su condición de madre gestante, que fue puesta de presente por la accionante a la Administración y acreditada con la documentación requerida por la misma dependencia.

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 estado de embarazo, 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 a la maternidad. Es decir, que no se configura una causa injusta de despido a la empleada, por lo tanto tampoco se considera que la empleada desvinculada en estado de embarazo en estas circunstancias, tenga derecho a ningún tipo de indemnización.

No obstante, para desvincular a la empleada de la entidad pública se deben tener en cuenta las reglas que sobre el particular estableció la Corte Constitucional. Lo que implica que el último cargo a proveer por quienes lo hayan ganado será el de la mujer embarazada y al momento de ocupar el cargo por quien ganó el concurso, si bien es cierto, se produce una desvinculación de la entidad pública de la mujer embarazada nombrada con carácter provisional, se debe realizar el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.

Para efectos de lo anterior, debe tenerse en cuenta que en virtud del Artículo 1° de la Ley 2141 de 2021, que modifica el Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo (aplicable en este caso a las trabajadoras del sector público), se amplía el fuero de estabilidad laboral reforzada hasta la terminación de la licencia de maternidad, es decir hasta que se cumplan las dieciocho (18) semanas posteriores al parto.

Bajo los lineamientos dados por la jurisprudencia constitucional y aplicando las normas vigentes en la materia, se considera que en las situaciones consultadas le asiste la obligación al nominador de efectuar los nombramientos en periodo de prueba a quienes ocupan un lugar en las listas de elegibles producto del concurso público de méritos y, en el evento de que dicha provisión deba efectuarse en un empleo ocupado por un servidor en provisionalidad con condición de prepensionado, madre cabeza de familia o discapacitado, la entidad debe adoptar las siguientes medidas:

- a) Agotar la escala u orden de provisión de cargos de un mismo empleo, según lo señalado en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, incluyendo a las madres cabeza de familia y discapacitados.
- b) De no ser posible lo anterior, como en este caso lo alega el Municipio accionado, nombrar a la persona de especial protección constitucional en otro empleo en provisionalidad, igual o equivalente al que ocupaba (si es posible, por existir otra vacante).
- c) De no ser posible ninguna de las anteriores medidas, debe la entidad adoptar otras que garanticen los derechos fundamentales afectados, según el análisis de los casos concretos, como puede ser asumir el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y/o pensión, entre otras<sup>5</sup>

Del análisis de las pruebas allegadas al plenario, se tiene que la actora se encuentra en estado de gestación.

Entonces la discusión del derecho constitucional del accionante no surge de la ley como quiere enfrascarse la administración sino de la constitución norma superior y que está obligado el empleado público respetar.

Como tal no se previó a favor de la actora, el Alcalde del municipio de Malambo deberá proceder, DE SER POSIBLE, a su vinculación de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante, habida cuenta que su condición madre gestante era evidente al momento de su desvinculación laboral. Por haber sido puesto de presente por la accionante y allegar la documentación que acreditaba la misma, sin que la Administración mostrara objeción y/o hiciera manifestación alguna.

En el caso de que el mencionado cargo no se encuentre vacante, y por tal razón no sea posible el nombramiento de la accionante en el mismo, le corresponde al municipio de Malambo emprender las actuaciones necesarias en aras de garantizar la vinculación a la seguridad social en salud y pensión, de tal manera que ella y su grupo familiar quede cobijado con la misma, ello hasta tanto cumpla el fuero de estabilidad laboral reforzada hasta la terminación de la licencia de maternidad, es decir hasta que se cumplan las dieciocho (18) semanas posteriores al parto.

Por las razones expuestas, en la parte resolutive de esta providencia, se modificará el fallo proferido el 8 de febrero de 2024 por el JUZGADO TERCERO PROMISCUO MUNICIPAL DE MALMABO, a través de la cual se declaró improcedente el amparo. En consecuencia, se ordenará al Municipio de Malambo que vincule nuevamente a la actora en un cargo de igual rango o remuneración al que ocupaba antes de su remoción, **si fuera posible** por encontrarse algún cargo vacante.

Se precisa que de vincularse nuevamente a la señora Noriega Vargas en las condiciones antes anotadas, su permanencia en provisionalidad en sus labores estará supeditada a que el cargo que llegue a ocupar no sea provisto en propiedad mediante sistema de carrera y a que su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

Si no fuera posible vincular a la accionante en un cargo en provisionalidad, entonces se deberá afiliar al Sistema de Seguridad Social en Salud y pensión, hasta tanto el fuero de estabilidad laboral reforzada hasta la terminación de la licencia de maternidad, es decir hasta que se cumplan las dieciocho (18) semanas posteriores al parto, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la parte motiva de este proveído.

---

<sup>5</sup> A manera de ejemplo, se enuncia la medida ordenada en la ya citada sentencia T-373 de 2017, en la que la Corte dispuso que "Si no fuera posible vincular a la accionante en un cargo en provisionalidad, entonces se deberá afiliar al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para la recuperación del cáncer que padece o sea afiliada al sistema por otro empleador."

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

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR, por las razones expuestas, la sentencia de tutela proferida el 8 de febrero de 2024 por el JUZGADO TERCERO PROMISCOU MUNICIPAL DE MALAMBO, a través de la cual se declaró improcedente el amparo solicitado y en su lugar tutelar condicionalmente los derechos fundamentales debido proceso, seguridad social, vida digna, salud, trabajo, estabilidad laboral reforzada, igualdad y mínimo vital de la señora JINA NORIEGA VARGAS, en su condición de madre gestante.

SEGUNDO.- ORDENAR al municipio de Malambo, a través de su Alcalde Municipal, que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta providencia, DE SER POSIBLE, vincule a la señora JINA NORIEGA VARGAS en forma provisional, en un cargo de igual rango y remuneración al que ocupaba en la planta de personal de la INSTITUCION EDUCATIVA SAN SEBASTIAN, en el evento de que haya un cargo de esta naturaleza que se encuentre vacante.

Se precisa que de vincularse nuevamente a la accionante JINA NORIEGA VARGAS en las condiciones antes anotadas, su permanencia en provisionalidad, estará supeditada a que el cargo que llegue a ocupar sea posteriormente provisto en propiedad mediante sistema de carrera y su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

TERCERO.- En el caso de que no se encuentre vacante un cargo similar al que ocupaba señora JINA NORIEGA VARGAS antes de la desvinculación laboral, ORDENAR al municipio de Malambo, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a cuando tenga certeza de dicha circunstancia, inicie las actuaciones necesarias para que la mencionada señora sea vinculada al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se le permita continuar con dicha cobertura (salud y pensión). En este caso, la vinculación al régimen contributivo deberá mantenerse hasta tanto se cumplan las dieciocho (18) semanas posteriores al parto, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la parte motiva de este proveído

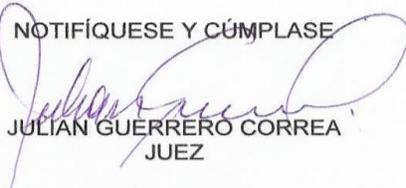
Del cumplimiento de lo anterior el Municipio de Malambo deberá dar cuenta al Juzgado A quo, so pena de incurrir en desacato.

CUARTO: En lo que respecta al derecho fundamental de PETICION se confirma lo resuelto en primera instancia.

QUINTO: Desvincular de la presente acción constitucional a las demás accionadas vinculadas.

SEXTO: En su oportunidad, 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