

República de Colombia



Rama Judicial
Distrito Judicial del Caquetá
Juzgado Primero Penal Municipal
Florencia

ACCIÓN DE TUTELA

REFERENCIA: 1800140040012021-00052-00

ACCIONANTE: LEYDY MARIAN MARIN CHAVEZ QUIEN ACTÚA COMO APODERADA DE MARIA AURORA GIL VALENCIA

ACCIONADO: GOBERNACION DEL CAQUETA Y SECRETARIA EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA

SENTENCIA DE TUTELA No.52

Florencia Caquetá, Veinte (20) de Mayo de dos mil veintiuno (2021)

OBJETO A DECIDIR

Se pronuncia el Despacho con relación a la viabilidad del amparo constitucional del derecho fundamental al debido proceso administrativo, trabajo, estabilidad laboral, seguridad social integral, mínimo vital, vida en condiciones dignas, invocados por LEYDY MARIAN MARIN CHAVEZ QUIEN ACTÚA COMO APODERADA DE MARIA AURORA GIL VALENCIA cuya vulneración atribuye a la GOBERNACION DEL CAQUETA Y SECRETARIA EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA, para que cesen los nombramientos en periodo de prueba de los docentes que ganaron el concurso especial docente y revocatoria del nombramiento en periodo de prueba para quienes no cumplen con la acreditación de la experiencia docente adquirida en las regiones de conflicto armado y tampoco acrediten el arraigo en estas zonas como lo exige el decreto 882 de 2017.

ANTECEDENTES

En apoyo de sus pretensiones, se exponen en síntesis los hechos que motivaron la interposición de la acción y se encuentran consignados en el escrito de tutela, así:

1. Mediante una orden de prestación de servicio a partir del 01 de febrero de 2001 la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA, fue asignada para el cargo de docente para cubrir la plaza móvil del titular Cristian Caicedo, en la Escuela Los Corazones del municipio de La Montañita Caquetá, y así sucesivamente en diferentes instituciones educativas en los años 2002, 2003, hasta el año 2004 a través del decreto No.001595 del 15 de marzo de 2004, en que la Gobernación del Departamento del Caquetá y la Secretaría de Educación Departamental la nombró en provisionalidad para desempeñar el cargo de docente en el Centro Educativo Rural José Hilario López, en la sede Agua Blanquita ubicada en el área Rural del municipio de La Montañita.

2. Posteriormente mediante Decreto No. 000402 del 25 de abril de 2016, la Secretaría de Educación del Departamento del Caquetá nombró en provisionalidad para laborar en la Institución Educativa Palma Arriba sede Treinta Alto jurisdicción del municipio de La Montañita, en el área de Ciencias Sociales, donde actualmente se encuentra laborando.

3. Que a través de los ingresos devengados como docente permite el sostenimiento de su núcleo familiar, conformado por su hijo Jefferson Steven García Gil, identificado con cédula de ciudadanía No.1.107.521.288 quien se encuentra realizando estudios superiores en la Universidad Autónoma de Cali, sus nietos Amy Lee Ocampo García identificada con el indicativo serial 54860769 y Roony Fernando Ocampo identificado con el indicativo serial 57661291, quienes dependen económicamente de la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA.

4. Que de conformidad, con lo establecido en el Decreto 882 de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó el concurso especial para docentes y directivos docentes en zonas rurales afectadas por el conflicto y cuyo objetivo es proveer las vacantes del Sistema Especial de Carrera Docente de los establecimientos educativos oficiales, mediante proceso de selección 601-623 de 2018, en zonas de posconflictos definidas por el Ministerio de Educación Nacional.

5. El Departamento del Caquetá y la Secretaría de Educación Departamental reportó a la CNSC las plazas vacantes, que según su criterio se ajustaba a los requisitos exigidos por el Decreto 882 de 2017, pues ofertó plazas que no eran vacantes, ya que se encontraban ocupadas por docentes con nombramiento provisional y personal idóneo para dicho cargo, reuniendo los requisitos exigidos en el decreto 1278 de 2002 y en contra del mismo decreto 882 de 2017 por no tener en cuenta los siguientes criterios: 1. “La construcción, reconstrucción y adecuación de la infraestructura educativa rural, incluyendo la disponibilidad y permanencia del personal docente calificado en el sector rural” 2. “Garantizar la provisión de docentes exclusivamente en aquellos municipios en los que existen dificultades para llenar dichas vacantes” 3. “fija las etapas y recalca que la provisión de vacantes mediante este concurso solo podrá hacerse en los municipios en los que exista falta de oferta de docentes profesionales que estén priorizados para la ejecución de los PDET” 4. “solo es una medida temporal y extraordinaria para los municipios con déficit en la planta docente, priorizados para la implementación de los (PDET), que tiene en cuenta las condiciones particulares de estas zonas”. 5. El Gobierno Nacional establecerá los requisitos especiales que se tendrán en cuenta en el desarrollo de las etapas, relacionados con la acreditación de la experiencia docente adquirida en las regiones de conflicto armado, el domicilio de los aspirantes y la declaración de víctima otorgada por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación integral a las víctimas.

6. Por lo que se puede decir que la convocatoria para la carrera docente es para provisionar las vacantes en los municipios en los que existe falta de oferta de docentes profesionales, como lo es el municipio de Florencia, donde las plazas están siendo ocupadas por docentes asignados por la Diócesis (ofertentes), es decir que en este municipio se ha tenido que recurrir a la contratación de la prestación de servicio educativo a través de licitación pública, cosa que no se hizo, afectando así a docentes que llevan más de 20 años ejerciendo la docencia, y que les quedan menos de cinco (5) años para adquirir su derecho a la pensión.

7. La Ley 790 de 2002 y el decreto 190 de 2003 establece que quienes estén a menos de tres años para obtener el derecho a pensión de jubilación gozan de la garantía de estabilidad laboral reforzada, actualmente la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA tiene 49 años de edad, y lleva laborando como docente más de veinte (20) años, es decir que tiene un promedio de 1.050 semanas cotizadas, haciéndole falta cinco (5) años para pensionarse.

8. El artículo 12 de la Ley 790 de 2005, crea el retén social, para proteger del despido a grupos en estado de vulneración, esta protección especial cubre a madres cabeza de

familia, además a quienes están en una categoría de pre pensionado, quienes son aquellos que le faltan menos de tres (3) años para disfrutar el derecho a la pensión.

9. Conforme a lo anterior, si bien es cierto no le faltan tres (3) años a la actora para disfrutar el derecho a la pensión, es cierto que una vez se dé por terminado la vinculación en provisionalidad con el Departamento del Caquetá y la Secretaría de Educación del Caquetá, se me será imposible continuar laborando y por ende continuar cotizando a la seguridad social, quedando así sin cobertura de salud mi familia, pues por mi edad es muy complicado vincularme nuevamente a laborar.

I. PRETENSIONES

La accionante manifiesta lo siguiente:

Solicita se respeten los derechos al debido proceso, al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, protección estatal en casos de debilidad manifiesta-prepensionada, de conformidad en los decretos 882/2017, 1278 de 2002, 2591 de 1991 y 306 de 1992, se declare:

1. Impugnación de la plaza vacante de la Institución Educativa Rural Palma Arriba sede Palma Arriba en el área específica de ciencias sociales por haberse violado el derecho en el debido proceso en cuanto a la selección de dicha vacante.
2. Que se le permita continuar con la labor como docente a MARIA AURORA GIL VALENCIA, garantizando los derechos al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social integral, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, protección estatal en caso de debilidad manifiesta Pre-pensionado y madre cabeza de familia.
3. Revocar los nombramientos de los docentes que no cumplen con los requisitos exigidos por el decreto del 1278 de 2002 para el ingreso a la carrera docente porque con el solo hecho de darles un nombramiento en periodo de prueba ya ingresan a esta carrera y deben de cumplir con todos los deberes como docente que exige el mismo decreto en su artículo 41.
4. Que la Gobernación del Caquetá y la Secretaría de Educación Departamental manifiesten bajo qué criterios hizo la selección de vacantes para docentes de aula en primaria y secundaria en los 16 municipios del departamento del Caquetá.
5. Que cesen los nombramientos en periodo de prueba para los que ganaron el concurso especial docente y revocatoria del nombramiento en periodo de prueba para quienes no cumplen con la acreditación de la experiencia docente adquirida en las regiones de conflicto armado y tampoco acrediten el arraigo en estas zonas como lo exige el mismo decreto 882 de 2017.
6. Que la secretaría de educación departamental y la gobernación del Caquetá cumpla con lo estipulado en el decreto 882 de 2017 en cuanto a la provisión de docentes exclusivamente en aquellos municipios en los que existe dificultades para llenar las vacantes.
7. Que la Secretaría de Educación Departamental y la Gobernación del Caquetá aplique lo estipulado en el decreto 882 de 2017 donde recalca que la provisión de vacantes mediante este concurso sólo podrá hacerse en los municipios en los que exista falta de docentes profesionales.

ELEMENTOS DE JUICIO:

1. Copia del historial laboral
2. Certificado de salud expedido por FAMAC
3. Acta de grado N° 312 expedida por La Universidad de la Amazonia mediante la cual se le confiere el título de Licenciada en ciencias sociales.
4. Acta de grado No. 578 expedido por la UNAD confirió como título "Especialista en Pedagogía para el Desarrollo del Aprendizaje Autónomo

5. Acta de grado No. 1259 expedido por la UNAD mediante el cual le confiere el título de Psicóloga Decreto No. 001595 del 15 de marzo de 2004 mediante el cual se efectúa nombramiento provisional como docente a la señora María Aurora Gil Valencia.

6. Certificado de arraigo.

7. Certificado de estudio de Jeferson Steven García Gil correspondiente al semestre 2021-01.

8. Registro civil de nacimiento de Jeferson Steven García Gil

9. Copia de la cedula de ciudadanía de Jeferson Steven García Gil

10. Fotocopia registro civil Amy Lee Ocampo García.

11. Fotocopia registro civil Roony Fernando Ocampo García.

12. Fotocopia cédula María Aurora Gil Valencia.

II. TRAMITE PROCESAL

La acción de tutela fue sometida a reparto y le correspondió a este despacho quien por Auto interlocutorio No.99 del 07 de Mayo de 2021 la admitió requiriendo a la GOBERNACION DEL CAQUETA Y SECRETARIA EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA, se vinculó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, Ministerio de Educación Nacional y las personas que pasaron el concurso docente proceso de selección 601-623 de 2018, en zonas de posconflictos definidas por el Ministerio de Educación Nacional.

A través del Auto admisorio de la acción del 07 de Mayo de 2021, se dispuso la vinculación, como terceros interesados, las personas que pasaron la convocatoria No. 601-623 de 2018 adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, ordenándose a dicha Comisión, a la Gobernación del Caquetá y a la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, realizar la notificación a los mismos, las cuales fueron debidamente realizadas.

III. RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

Indica que, el concurso de méritos para proveer de manera definitiva, las vacantes de docentes y directivos docentes en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria en zonas afectadas por el conflicto, priorizadas y reglamentadas por el Ministerio de Educación Nacional, corresponde a un proceso abierto y por lo tanto podían participar todas las personas interesadas que cumplieran con los requisitos señalados. Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 1 del Decreto Ley 882 de 2017, el Gobierno Nacional tenía la competencia de establecer los requisitos especiales que se tendrían en cuenta en el desarrollo de las etapas, relacionados con la acreditación de la experiencia docente adquirida en las regiones de conflicto armado, el domicilio de los aspirantes y la declaración de víctima otorgada por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Respecto de las vacantes objeto de oferta en el proceso de selección, se equivoca el mandatario judicial cuando afirma "Esta circunstancia el decreto 882-20017 se evidencia ante el cambio intempestivo y abrupto que contradice de forma violenta un decreto el cual tienes estipulado los requisitos para pertenecer a la carrera docente y que no conforme con ello, también se realiza nombramientos o asignación de docentes donde no existen vacantes, vulnerando de esta manera el derecho constitución del Debido proceso.", toda vez que las vacantes definitivas para efectos del concurso, corresponden a las provistas con docentes vinculados con nombramiento provisional y las que en el marco de la administración de la secretaría de educación, se encuentren sin proveer en establecimientos educativos priorizados bajo los criterios establecidos en la Resolución 4972 de 2018.

Es así como el artículo 2.4.1.6.2.4. Del referido Decreto 1578 de 2017, establece: “Determinación y reporte de vacantes definitivas. Para la provisión por mérito de la planta de personal destinada a las zonas rurales, según lo dispuesto en el artículo anterior, las entidades territoriales certificadas deberán determinar las vacantes definitivas de los diferentes cargos, directivos docentes y docentes, que formen parte de la misma, detallando sus perfiles conforme a la normativa vigente. Estas vacantes definitivas deberán ser reportadas inmediatamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), con copia al Ministerio de Educación Nacional, para que dicha Comisión proceda a realizar la convocatoria de selección por mérito, de conformidad con lo dispuesto en el presente capítulo.” En consecuencia, las entidades territoriales tenían el deber de reportar la totalidad de las vacantes definitivas ubicadas en establecimientos educativos que cumplieran con los requisitos establecidos en la Resolución 4972 de 2018, incluidas aquellas que se encontraran provistas por docentes vinculados como provisionales o bajo la figura del encargo.

En materia de protección laboral reforzada, la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003 han previsto el denominado reten social, figura que se circumscribe específicamente para los programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública, razón por la cual, no es aplicable en materia de concursos de mérito.

El concurso especial docente para zonas afectadas por el conflicto armado se fundamenta en los Decretos Ley 882 y 893 de 2017, los cuales fueron expedidos por el Presidente de la República en el marco de las facultades extraordinarias para la paz, conferidas por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016.

El Ministerio de Educación Nacional, mediante acto administrativo, definirá las condiciones que deberán cumplir las entidades territoriales certificadas para la definición de la planta de cargos docentes y directivos docentes de que trata el presente artículo. Las modificaciones a dichas plantas se sujetarán a los procedimientos establecidos en el Capítulo 2, Título 6, Parte 4, Libro 2 del Decreto 882 de 2017.

Vinculación en provisionalidad.

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 la condición de desplazada que ostenta 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 suple 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.”

“Artículo 2.4.6.3.10. Nombramiento provisional. El nombramiento provisional se aplica para la provisión transitoria de cargos docentes que se hallen en vacancia temporal o definitiva y se hará mediante acto debidamente motivado expedido por la autoridad nominadora con personal que reúna los requisitos del cargo. Los elegibles de los listados territoriales, en

su orden, tendrán el derecho preferente para el nombramiento provisional en vacantes temporales de docentes y su aceptación no los excluye del respectivo listado. En caso de que los elegibles no acepten estos nombramientos, la entidad territorial certificada en educación podrá nombrar a una persona que cumpla con los requisitos del cargo, sin necesidad de acudir al aplicativo indicado en el inciso siguiente.”

De acuerdo con el marco normativo transrito y las reglas jurisprudenciales decantadas por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento de los docentes provisionales nombrados en cargos en vacancia definitiva se encuentra motivada dentro de las causales contempladas en el Decreto 1075 de 2015, modificado por el Decreto 2105 de 2017, siendo una ellas, el concurso especial docente para zonas afectadas por el conflicto armado, el cual se adelantó conforme a las etapas previstas en el Decreto Ley 882 de 2017, toda vez que, el concurso de méritos para el ingreso a la carrera docente es la forma dispuesta por el constituyente para ingresar al servicio público

Así las cosas, el empleado provisional tiene una posición diferente, en la medida que goza de una estabilidad laboral relativa, la cual se mantiene, hasta tanto el cargo de carrera sea provisto por un empleado con derechos de carrera administrativa docente, quien sin lugar a dudas es amparado por el fuero de estabilidad propio de dicha vinculación, razón por la cual no se han desconocido los principios constitucionales de igualdad y del mérito, ni se han afectado los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa. Es importante señalar, que la parte actora se presentó al concurso especial de méritos para la provisión de cargos de docentes y directivos docentes en zonas afectadas por el conflicto bajo el proceso de selección No. 606 de 2018, el cual tenía el objetivo de proveer 1233 vacantes definitivas en el Departamento de Caquetá; no superó las pruebas escritas o la etapa de verificación de requisitos mínimos, lo que le excluyó del proceso de selección. Es relevante manifestar que la parte accionante, no puede pretender que con la acción de tutela incoada se violen los derechos de igualdad y de equidad, de los demás participantes, esto es, dentro del sistema de carrera que ha sido catalogado como principio constitucional y que tanto a reiterado la Honorable Corte Constitucional en su jurisprudencia.

Estabilidad laboral en los prepensionados

En cuanto a la estabilidad laboral la Corte Constitucional mediante sentencia SU-003 de 2018 concluyó que: “Las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez”

Por lo anterior, se considera que la accionante no cumple la condición de prepensionada, por cuanto según se evidencia en el escrito de tutela, que aún le faltan (5) cinco años, para cumplir con la edad requerida. No obstante, es importante resaltar que la Corte señaló, que la garantía de la estabilidad laboral de los prepensionados será para los servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión, dado que el requisito faltante relativo a la edad puede ser cumplido de manera posterior con o sin vinculación vigente.

Para el caso concreto, se evidencia que la accionante no cumple los requisitos para ser considerada prepensionada, pues tal como lo sostuvo en el numeral Décimo Tercero del escrito de tutela le faltan más de tres (3) años para completar los requisitos que le permitirían acceder a la pensión, y tal como lo ha decantado la Corte Constitucional dicha estabilidad opera siempre que se cumpla el requisito temporal, no siendo dable para ninguna autoridad pública o para el juez constitucional desbordar ese límite que ha reiterado el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. Ahora bien, no es de recibo la argumentación de la apoderada de la tutelante al admitir que su prohijada no cumple con los criterios para ser reconocida como prepensionada y a renglón seguido solicita que se

aplique una especie de flexibilidad en la norma y se le conceda el derecho deprecado, pues de admitirse este razonamiento se crearía una inseguridad jurídica insostenible en un estado de derecho.

Es importante resaltar que la estabilidad laboral reforzada opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de ciertos grupos poblacionales, que se verían interferidos por el retiro del empleo público, no obstante, no es viable confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad debe aplicarse con flexibilidad, ni mucho menos sugerir aplicar un “dinamismo humano” aun cuando dicha protección no se fundamenta en un mandato legal sino en disposiciones especiales de protección contenidos en la Constitución Política y en el principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables.

Y finalmente solicita respetuosamente al despacho no acceder a las pretensiones invocadas por la parte accionante y DESVINCULAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, por las razones expuestas.

RESPUESTA DE CARLOS ANDRES ARTUNDUAGA MURILLO ELEGIBLE CON LISTA EN FIRME

Indica que en su caso, la lista de elegibles con resolución 10835 de 2020 de la convocatoria 606 de 2018, está en firme desde el 25 de mayo de 2021, lista en la cual ocupé el tercer puesto. Además, desde el día 24 de marzo se realizó la audiencia para provisión de cargos docentes y directivos docentes, sin embargo, la gobernación del Caquetá ha demorado la notificación de nombramiento de forma arbitraria, violentando el derecho al debido proceso, desconociendo el artículo 62 del acuerdo 20181000002436 del 19-07-2018 en el cual establece que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la realización de la audiencia pública de escogencia de vacante definitiva en establecimiento educativo, la entidad territorial debe expedir el acto administrativo en periodo de prueba del educador y comunicarle al interesado, siempre respetando la vacante seleccionada por el elegible. De igual forma, el concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, con base en criterios de objetividad e imparcialidad, determine el mérito, las capacidades, la preparación, la experiencia y las aptitudes de los aspirantes a un cargo, con el único fin de escoger al mejor, apartándose de toda consideración subjetiva o de influencia de naturaleza política o económica.

Por consiguiente, el concurso de méritos ha sido considerado el instrumento más idóneo y eficaz, para determinar las aptitudes de los aspirantes a un cargo. Además de los principios que lo inspiran, entre ellos, el mérito, la igualdad en el ingreso, la publicidad y la transparencia, la ejecución de sus reglas debe someterse al estricto cumplimiento del debido proceso y respetar todas y cada una de las garantías que rodean el proceso de selección. El resultado de la participación en el concurso de méritos es la lista de elegibles, en la que de manera ordenada se indican las personas que alcanzaron los mejores resultados en las diferentes pruebas realizadas, para acceder a los respectivos cargos. Por lo anterior, de manera respetuosa solicito al señor juez garantizar los derechos fundamentales de las personas que tienen en firme las listas de elegibles, y ordenar a la entidad territorial Gobernación del Caquetá expedir en un término no mayor a 48 horas las notificaciones de nombramiento correspondientes.

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Frente al caso concreto, indican que la Comisión como instancia consultiva en materia de carrera, no participa en la coadministración de las relaciones laborales y situaciones administrativas particulares que presenten las entidades, como lo relacionado con la vinculación o desvinculación de docentes nombrados en provisionalidad. El nominador

junto con las Unidades de Personal son los encargados de tomar las decisiones que surjan dentro del desarrollo y gestión del empleo público de cada entidad territorial. Por lo expuesto, la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene competencia para pronunciarse de fondo sobre el asunto, ni mucho menos tiene que ver con la presunta violación de derechos fundamentales que se le endilga a la Secretaría de Educación del Caquetá, razón por la cual solicita su desvinculación de la presente acción de tutela.

Sin perjuicio de lo anterior, se argumenta que la parte accionante no le asiste razón en solicitar el amparo de sus derechos fundamentales, toda vez que la vocación de un nombramiento en provisionalidad, como su nombre lo indica, es transitorio, sujeto a que sea retirado del servicio cuando alguien con mejor derecho lo reclame. Asimismo, en múltiples decisiones, la Corte Constitucional ha sostenido que prevalece el derecho al mérito sobre el que ostenta una persona nombrada en provisionalidad, y ha sido reiterativa en que alegar un perjuicio propio no puede desconocer los derechos al mérito.

De igual forma, la demandante ataca al concurso y a la ley que lo regula, y sea esta la oportunidad para decir que la acción de tutela no es el mecanismo para ello, razón por cual, además de lo anterior, la acción también es improcedente. Por consiguiente, se solicita que la presente acción de tutela sea negada. Con fundamento en lo anterior, se solicita declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

GOBERNACION DEL CAQUETA

Indican que el reporte de las vacantes definitivas se realizó de conformidad con los criterios señalados en el artículo tercero de la Resolución No.4972 de 2018 y no a criterio de la Secretaría de Educación Departamental, en los formatos y conforme al procedimiento establecido por la CNSC como entidad responsable de la preparación y desarrollo del concurso especial de méritos del posconflicto. Entre las vacantes se reportó la del Área de ciencias sociales de la Institución Educativa Palma Arriba ubicada en zona rural del municipio de la Montañita Caquetá, que cumple con los criterios referidos en la norma señalada.

Aunado a ello, el nombramiento provisional constituye una forma temporal de provisión de los empleos de carrera administrativa mientras se surte el proceso de selección por mérito, toda vez que de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Nacional, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y a ellos se accede en virtud del mérito.

Indican que no es cierto el hecho sexto, como quiera que de conformidad con el artículo 5 de la Resolución 4972 de 2018, el Departamento del Caquetá, de manera conjunta con el Ministerio de Educación, definió el número de cargos de docentes y directivos docentes que conforman la planta de cargos con base en las vacantes definitivas existentes más las que puedan surgir como resultado de la sustitución de la contratación de la prestación del servicio educativo.

Se opone a la acción de tutela, toda vez que la accionante fue desvinculada de la entidad en virtud del nombramiento en periodo de prueba de quien superó el concurso público de méritos especial del posconflicto 606/2018, aduce que el Gobierno Nacional, por medio del Decreto Ley 882 de 2017 adoptó normas sobre la organización y prestación del servicio educativo estatal y el ejercicio de la profesión de vacancias definitivas pertenecientes a la planta de cargos destinada exclusivamente a la prestación del servicio educativo en instituciones educativas ubicadas en las zonas afectadas por el conflicto armado precisadas

mediante reglamentación que expediera el Ministerio de Educación Nacional de conformidad con los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDT), a través de concurso especial de méritos.

El gobierno expidió el Decreto Reglamentario No.1578 de 2017, mediante el cual se reglamentó el concurso especial de méritos para la provisión de cargos de docentes y directivos docentes del servicio educativo estatal en establecimientos oficiales que prestaran su servicio a población mayoritaria en zonas rurales afectadas por el conflicto, priorizadas y reglamentadas por el Ministerio de Educación Nacional.

El Ministerio de Educación Nacional, mediante Decreto No.04972 del 22 de marzo de 2018, definió las zonas con programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) en las que se aplicaría la planta exclusiva de cargos docentes y directivos docentes del concurso de méritos especial y conforme el artículo 4 priorizo a los 15 municipios no certificados en educación del Departamento del Caquetá, entre ellos el Municipio de la Montaña Caquetá.

Se anota que en dicho Decreto se señalaron los criterios para definir las zonas en que se aplicaría el concurso de méritos de carácter especial y que la Institución Educativa Palma Arriba del municipio de Montaña cumplió con ellos, por lo que fueron reportadas ante la CNSC todas las plazas en vacancia definitiva que allí existían, incluida la del área de ciencias sociales en la que estaba nombrada en provisionalidad la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA.

Corresponde al Departamento del Caquetá cumplir con las etapas 9 y 10 de nombramiento y posesión de los elegibles, cumplidos las etapas del concurso, en firme la lista de elegibles y finalizadas las audiencias públicas de escogencia de plaza, el Departamento del Caquetá mediante acto administrativo motivado dio por terminado el nombramiento provisional de la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA, quien se desempeñaba como docente en el área de ciencias sociales en la Institución Educativa Palma Arriba ubicada en zona rural del municipio de la Montaña Caquetá, para proveer en forma definitiva el empleo con la persona que superó el concurso especial de méritos del posconflicto adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

La terminación del nombramiento provisional del cargo de docente de la tutelante obedeció al nombramiento en periodo de prueba de quien participó del concurso, superó todas las etapas, se encuentra en lista de elegibles y escogió la plaza docente, motivos expuestos en el acto administrativo respectivo comunicado oportunamente a la señor MARIA AURORA GIL VALENCIA, garantizándose de esta manera el derecho al debido proceso. Se anota que la tutelante tuvo el derecho a participar del concurso y no presentó reparo alguno durante el desarrollo del mismo.

De otro lado indican que la docente no cuenta con la edad como uno de los requisitos para ser considerada pre pensionada (sin hacer un análisis del número de semanas cotizadas), como quiera que cuenta con 49 años de edad y para obtener la calidad de pre pensionada si se encuentra en el régimen de transición, requiere contar con 52 años de edad, y si encuentra bajo el régimen de la ley 100 de 1993, contar con edad 54 años, no hay lugar a este tipo de protección.

Por otro lado indican que el retén social lo determina la Ley 790 de 2002 en su artículo 12, reglamentado por el Decreto Nacional No.190 de 2003, como una protección solamente en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública.

Por lo anterior solicita no acceder a las pretensiones del actor y en su lugar declarar infundada la acción constitucional y ordenar el archivo definitivo de la tutela.

NATURALEZA DE LA ACCIÓN

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció la figura de la “Acción de Tutela” como un mecanismo de protección a los derechos fundamentales constitucionales cuando resultan amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares en los casos taxativamente señalados en la ley.

Así mismo, el Decreto reglamentario 2591 de 1991 señaló que esta vía constitucional es excepcional, preferente y sumaria y fue establecida con el fin de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes establecidos en la Constitución, que constituye uno de los fines esenciales del Estado de acuerdo con el artículo 2º de la Carta Magna.

COMPETENCIA

El Despacho advierte que cuenta con competencia legal para determinar en derecho frente al presente asunto (Art. 37 del Decreto 2591 y numeral 1º, inciso 3º del Decreto 1382 de 2000 y Artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017).

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Debe establecer este Despacho si la GOBERNACION DEL CAQUETA Y SECRETARIA EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA, están vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, estabilidad laboral, seguridad social integral, mínimo vital, vida en condiciones dignas, invocados por LEYDY MARIAN MARIN CHAVEZ quien actúa como apoderada de MARIA AURORA GIL VALENCIA, al haber ofertado el puesto que desempeñaba, esto es, la vacante en el área de Ciencias Sociales de la Institución Educativa Palma Arriba sede Treinta Alto jurisdicción del municipio de La Montañita, sin que presuntamente la misma cumpliera con los requisitos establecidos por el Decreto 882 de 2017.

EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

➤ LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

El inciso primero del artículo 86 de la Constitución establece que “*toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, 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*”

En concordancia con la anterior disposición, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, sostiene que se encuentran legitimados en la causa por activa: (i) la persona directamente afectada; (ii) el representante legal; (iii) el apoderado judicial; (iv) el agente oficioso; (v) el defensor del pueblo; o (vi) los personeros municipales. Así pues, la acción de tutela permite que exista una mayor flexibilidad en su interposición, ya que contempla la posibilidad de que sea presentada por diferentes actores.

En primer lugar, se observa que la acción de tutela es promovida por la Abogada LEYDY MARIAN MARIN CHAVEZ en su calidad de apoderada judicial de la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA, a quien la misma le otorgó poder para representar sus intereses, por lo cual no existe ninguna duda frente a la legitimación por activa, pues se encuentra satisfecho el principio básico de autonomía que rige su interposición.

➤ LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimación por pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción de tutela y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada. Según el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares (artículo 42 del Decreto 2591 de 1991).

De otro lado, la acción de tutela que se revisa, se dirige contra la GOBERNACIÓN DEL CAQUETA Y SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA, por lo cual existe legitimación en la causa por pasiva, en los términos de los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, al tratarse de entidades públicas.

DECISIÓN DE INSTANCIA

La acción de Tutela es un instrumento jurídico, confiado por la Constitución Nacional a los Jueces e instituida como mecanismo para la protección de derechos fundamentales cuando se considere que han sido vulnerados por las autoridades públicas o por los particulares, en los casos que estime la ley.

Como es sabido 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.

El debido proceso.

En relación al derecho al debido proceso la Constitución Política de Colombia en el artículo 29 establece lo siguiente:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.”

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Debido Proceso Administrativo:

El derecho constitucional fundamental al debido proceso, consagrado en forma expresa en el artículo 29 Superior, se extiende no solo a los juicios y procedimientos judiciales, sino también a todas las actuaciones administrativas, como una de sus manifestaciones esenciales. Lo anterior significa, que el debido proceso se enmarca también dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, razón por la cual

comprende "todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular que a través de ellas se hayan afectado sus intereses.

En relación con los aspectos básicos que determinan y delimitan el ámbito de aplicación del debido proceso administrativo, ha dicho la Corte, que se trata de un derecho constitucional fundamental, de aplicación inmediata por disposición expresa del artículo 29 de la Carta Política que le reconoce dicho carácter, pero que se complementa con el contenido de los artículos 6º del mismo ordenamiento, en el que se fijan los elementos esenciales de la responsabilidad jurídica de los servidores públicos, y el artículo 209 que menciona los principios que orientan la función administrativa del Estado.

Dentro de ese contexto, la Corte Constitucional ha definido el debido proceso administrativo como:

"(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal"^[11]. Lo anterior, con el objeto de "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados".^[12]

En el marco de las actuaciones que se surten ante la administración, el debido proceso se relaciona directamente con el comportamiento que deben observar todas las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto se encuentran obligadas a actuar conforme a los procedimientos previamente definidos por la ley para la creación, modificación o extinción de determinadas situaciones jurídicas de los administrados, como una manera de garantizar los derechos que puedan resultar involucrados por sus decisiones.

Con todo, este Despacho ha sostenido en forma categórica que el derecho al debido proceso administrativo se entiende vulnerado cuando las autoridades públicas, en ejercicio de función administrativa, no siguen estrictamente los actos y procedimientos establecidos en la ley para la adopción de sus decisiones y, por esa vía, desconocen las garantías reconocidas a los administrados.

Sobre el particular, cabe destacar que en la sentencia C-540 de 1997 se dijo que "el desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas (C.P., art. 229), que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración, por conducto de sus servidores públicos competentes.

Respecto del Derecho al trabajo: se tiene que en Sentencia C-593 de 2014, se señaló: 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.

En relación con el derecho a la Estabilidad Laboral de una persona con nombramiento en provisionalidad,

la Corte Constitucional, en Sentencia SU-556 de 2014, indicó: 3.5. Estabilidad laboral relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera 3.5.1. El artículo 125 de la Constitución Política regula el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, estableciendo las modalidades de vinculación con el Estado. Por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado se proveen por medio del sistema de carrera, al cual se accede por medio de concurso público de méritos.

De acuerdo con ese mismo artículo, es competencia del legislador determinar el régimen jurídico correspondiente, el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como también las causales de retiro del servicio oficial.

Igualmente, la Carta Política establece que, en los casos en que la Constitución o la ley expresamente lo determinen, habrá cargos excluidos del régimen de carrera, entre los cuales se encuentran los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, y los demás que determine la ley. 3.5.2. Con base en lo anterior, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, definió la carrera administrativa como “(...) un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”

3.5.3. Entre esos dos tipos de cargos se encuentran los dos extremos de estabilidad en el empleo en la función pública. La regla general es la estabilidad reforzada del cargo de carrera, la cual implica que el retiro sólo se podrá hacer “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”. Ello, con miras a garantizar que en ninguno de estos empleos, razones ajenas al servicio puedan determinar el nombramiento, ascenso o remoción de los ciudadanos en puestos públicos. Por el contrario, los cargos de libre nombramiento y remoción implican una discrecionalidad del nominador, ya que éste decide, con base en consideraciones intuito personae, a quién le confía el desarrollo de ciertas labores públicas y hasta cuándo. El retiro de dichos cargos es igualmente discrecional, en tanto depende de la confianza que el funcionario inspira en su nominador, aspecto que no es posible medir de manera objetiva, sino que depende de un aspecto subjetivo a evaluar en cada caso concreto.

3.5.4. Excepcionalmente, los cargos de carrera podrán ser ocupados en provisionalidad. Dicha figura busca responder a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia. Sin embargo, dicha situación temporal no cambia la calidad o naturaleza del cargo que se ocupa, pues la circunstancia de hecho no tiene la disposición para cambiar una determinación legal.

3.5.5. Por tanto, se entiende que al nombrarse a alguien en provisionalidad en un cargo de carrera, se hace con base en consideraciones técnicas y de mérito que determinan la calidad de la persona para cumplir con determinada función pública.

3.5.6. Así las cosas, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe “atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo.” En concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas.

3.5.7. Ahora bien, dada la anterior exigencia, se considera que la inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ejercido un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva la nulidad del mismo, tomando como fundamento los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo. El desconocimiento del deber de motivar el acto es una violación del debido proceso del servidor público afectado por tal decisión, en tanto la naturaleza del cargo le reconoce una estabilidad relativa que en los eventos de desvinculación se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó tal determinación.

3.5.8. Es importante aclarar que dicha interpretación, respecto a la estabilidad relativa de los funcionarios nombrados en cargos de carrera en provisionalidad, fue acogida por el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, a cuyo tenor, “[e]s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.” Dicha regulación ha llevado al Consejo de Estado a reconocer el deber de motivar el acto de retiro de los funcionarios en cargos de carrera ocupados en provisionalidad, en los siguientes términos: “La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO , de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998". 3.5.9. Así las cosas, se debe entender que, con base en la Constitución Política, como manifestación de algunos de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, en especial los que propugnan por la igualdad, la prosperidad y la protección al sistema de carrera como regla general para ingresar al servicio público, los actos de retiro de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad deben ser motivados. Así quedó expresamente consagrado en la Ley 909 de 2004; y, por tanto, es claro que, antes y después de la existencia de normatividad expresa, el desconocimiento de dicho deber de motivar este tipo de actos administrativos constituye un vicio de nulidad. 3.5.10. En síntesis, a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corporación, al declarar insustancial a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al 2021-00107-00 22 nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso."

Y en relación a la Estabilidad Laboral Reforzada,

En Sentencia T-077 de 2014, señaló: 4. La garantía constitucional de la estabilidad laboral reforzada. El principio de la estabilidad en el empleo que rige las relaciones laborales [20] , es un principio aplicable a todos los trabajadores, -con independencia del tipo de empleador y de la modalidad de contrato, que supone que el vínculo laboral contraído por el trabajador no se romperá de manera sorpresiva por la decisión arbitraria de un empleador, siempre y cuando el empleado cumpla con las obligaciones propias del contrato y no se consolide ninguna de las causales establecidas en la ley para que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral. En el caso de las personas en situación de debilidad manifiesta, este principio es particularmente importante, teniendo en cuenta que esta Corporación ha reconocido que existen trabajadores que gozan de la denominada estabilidad laboral reforzada y merecen, por ese hecho, de especial protección constitucional. En efecto, esta Corte ha afirmado que una de las características más relevantes del Estado Social de Derecho, es la defensa de quienes por su situación de indefensión o debilidad puedan verse discriminados o afectados por actuaciones y omisiones del Estado o de los particulares. El objetivo de la estabilidad laboral reforzada, en consecuencia, es asegurar que las personas que ostentan una condición de debilidad, gocen del derecho a la igualdad real y efectiva, que se traduce en materia laboral, en la garantía de permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación cuando ello sea del caso, y conforme con la capacidad laboral del trabajador.

Para abordar el tema objeto de estudio se entrara analizar la procedencia de la presente acción de tutela conforme los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional.

Procedencia excepcional de la acción de tutela frente a actos administrativos. Verificación de requisitos de subsidiariedad e inmediatez

La acción de tutela fue regulada en el Artículo 86 de la Constitución Nacional como un mecanismo judicial autónomo, subsidiario y sumario, que le permite a los habitantes del territorio nacional acceder a una herramienta de protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por las autoridades públicas, o incluso por particulares, según lo determinado en el Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Para que proceda este medio privilegiado de protección se requiere que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no exista otro medio de defensa judicial que permita garantizar el amparo deprecado, o que existiendo este, se promueva para prevenir un perjuicio irremediable caso en el cual procederá como mecanismo transitorio.

De esta manera, en el marco del principio de subsidiariedad, es dable afirmar que “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca remplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”.

Puntualmente, en cuanto a la acción de tutela adelantada contra actos administrativos, la posición sentada por la Corte Constitucional ha reiterado que, en principio, resulta improcedente, dado que el legislador determinó, por medio de la regulación administrativa y contencioso administrativa, los mecanismos judiciales pertinentes para que los ciudadanos puedan comparecer al proceso ordinario respectivo y ejercer su derecho de defensa y contradicción, dentro de términos razonables. En la sentencia T-957 de 2011, la Corte Constitucional se pronunció en el siguiente sentido:

“(...) la competencia en estos asuntos ha sido asignada de manera exclusiva, por el ordenamiento jurídico, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juez natural de este tipo de procedimientos, cuya estructura permite un amplio debate probatorio frente a las circunstancias que podrían implicar una actuación de la administración contraria al mandato de legalidad”.

Debe tenerse en cuenta que el legislador adelantó un trabajo exhaustivo para la expedición de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, con el fin de ofrecer un sistema administrativo que responda de manera idónea y oportuna a los requerimientos de los ciudadanos, todo bajo la luz de la eficacia, la economía y la celeridad, entre otros principios.

En atención a ello, los mecanismos ordinarios deben utilizarse de manera preferente, incluso cuando se pretenda la protección de un derecho fundamental. No obstante, en este caso, se deberá evaluar que el mecanismo ordinario ofrezca una protección “cierta, efectiva y concreta del derecho, al punto que sea la misma que podría brindarse por medio de la acción de amparo.

Al respecto, en la Sentencia T-007 de 2008 la Corte Constitucional, después de hacer un análisis concentrado de este tema, manifestó lo siguiente:

“En aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, establecer la idoneidad del mecanismo de protección alternativo supone en los términos del Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que el otro

medio de defensa judicial debe ser evaluado en concreto, es decir, teniendo en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela.^[7] Por tal razón, el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa”^[8] a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, y su habilidad para proteger los derechos invocados. En consecuencia, “el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela.^[9]”

En el mismo pronunciamiento jurisprudencial, se citó la Sentencia T-822 de 2002, según la cual, como criterio de referencia, se deberá tener en cuenta “(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela y (b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales.”

Caso concreto

Acusa la apoderada de la accionante que se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social integral, mínimo vital, vida en condiciones dignas de la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA a partir de las actuaciones realizadas por parte de las accionadas al haber ofertado mediante el proceso de selección 606 de 2018, el puesto que actualmente desempeña en la Institución Educativa Palma Arriba sede Treinta Alto jurisdicción del municipio de La Montañita en el área de ciencias sociales, sin que presuntamente la misma cumpliera con los requisitos establecidos por el Decreto 882 de 2017.

De los argumentos expuestos por las partes y de los documentos arrimados se desprende lo siguiente:

- La señora MARIA AURORA GIL VALENCIA, mediante Decreto No. 000402 del 25 de abril de 2016, de la Secretaría de Educación del Departamento del Caquetá fue nombrada en provisionalidad para laborar en la Institución Educativa Palma Arriba sede Treinta Alto jurisdicción del municipio de La Montañita, en el área de Ciencias Sociales.

Que a través de los ingresos devengados como docente permite el sostenimiento de su núcleo familiar, conformado por su hijo Jefferson Steven García Gil, identificado con cédula de ciudadanía No.1.107.521.288 quien se encuentra realizando estudios superiores en la Universidad Autónoma de Cali, sus nietos Amy Lee Ocampo García identificada con el indicativo serial 54860769 y Roony Fernando Ocampo identificado con el indicativo serial 57661291, quienes dependen económicamente de la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA.

- El concurso especial docente para zonas afectadas por el conflicto armado se fundamenta en los Decretos Ley 882 y 893 de 2017, y en el Decreto 1578 del 2017 “por el cual se reglamenta el Decreto Ley 882 de 2017 y se adiciona el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, en relación con el concurso de méritos para el ingreso al sistema especial de carrera docente en zonas afectadas por el conflicto, priorizadas y reglamentadas por el Ministerio de Educación Nacional”.

- Atendiendo lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto Ley 893 de 2017, el Ministerio de Educación expidió la Resolución 4972 de 2018, donde se definen las zonas com programas de desarrollo con enfoque territorial en que se aplicaría la planta exclusiva de cargos Directivos Docentes y docentes y el concurso de méritos de carácter especial.

-.Correspondió a las entidades territoriales dar aplicación a los criterios enunciados en la normatividad y determinar la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC, posterior a lo cual, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC dio apertura a las convocatorias 601 a 623 de 2018, Concurso Directivos Docentes y Docentes, estableciendo mediante Acuerdo No. CNSC 20181000002436 del 19 de julio de 2018 las reglas del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de Directivos Docentes, en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población mayoritaria en zonas rurales afectadas por el conflicto, priorizadas y reglamentadas por el Ministerio de Educación Nacional, ubicadas en la entidad territorial certificada en educación DEPARTAMENTO DE CAQUETÁ – Proceso de Selección No. 606 de 2018.

- Al Descorrer el traslado, la CNSC indica que a la parte accionante no le asiste razón en solicitar el amparo de sus derechos fundamentales, toda vez que la vocación de un nombramiento en provisionalidad, como su nombre lo indica, es transitorio, sujeto a que sea retirado del servicio cuando alguien con mejor derecho lo reclame. Asimismo, en múltiples decisiones, la Corte Constitucional ha sostenido que prevalece el derecho al mérito sobre el que ostenta una persona nombrada en provisionalidad, y ha sido reiterativa en que alegar un perjuicio propio no puede desconocer los derechos al mérito. De igual forma, la demandante ataca al concurso y a la ley que lo regula, y sea esta la oportunidad para decir que la acción de tutela no es el mecanismo para ello, razón por cual, además de lo anterior, la acción también es improcedente. Por consiguiente, se solicita que la presente acción de tutela sea negada.

El ministerio de Educación Nacional en la respuesta de la presente acción de tutela indica que de conformidad con los establecido en el parágrafo 2 del artículo 1 del Decreto Ley 882 de 2017, el Gobierno Nacional tenía la competencia de establecer los requisitos especiales que se tendrían en cuenta en el desarrollo de las etapas, relacionados con la acreditación de la experiencia docente adquirida en las regiones de conflicto armado, el domicilio de los aspirantes y la declaración de víctima otorgada por la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Manifiestan que el que el artículo 2.4.1.6.2.4. del Decreto 1578 de 2017, establece: “Determinación y reporte de vacantes definitivas. Para la provisión por mérito de la planta de personal destinada a las zonas rurales, según lo dispuesto en el artículo anterior, las entidades territoriales certificadas deberán determinar las vacantes definitivas de los diferentes cargos, directivos docentes y docentes, que formen parte de la misma, detallando sus perfiles conforme a la normativa vigente. Estas vacantes definitivas deberán ser reportadas inmediatamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), con copia al Ministerio de Educación Nacional, para que dicha Comisión proceda a realizar la convocatoria de selección por mérito, de conformidad con lo dispuesto en el presente capítulo.” En consecuencia, las entidades territoriales tenían el deber de reportar la totalidad de las vacantes definitivas ubicadas en establecimientos educativos que cumplieran con los requisitos establecidos en la Resolución 4972 de 2018, incluidas aquellas que se encontraran provistas por docentes vinculados como provisionales o bajo la figura del encargo.

Manifiestan que de acuerdo con el marco normativo transcripto y las reglas jurisprudenciales decantadas por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento de los docentes provisionales nombrados en cargos en vacancia definitiva se encuentra motivada dentro de las causales contempladas en el Decreto 1075 de 2015, modificado por el Decreto 2105 de 2017, siendo una ellas, el concurso especial docente para zonas afectadas por el conflicto armado, el cual se adelantó conforme a las etapas previstas en el Decreto Ley 882 de 2017, toda vez que, el concurso de méritos para el ingreso a la carrera docente es la forma dispuesta por el constituyente para ingresar al servicio público

Así las cosas, el empleado provisional tiene una posición diferente, en la medida que goza de una estabilidad laboral relativa, la cual se mantiene, hasta tanto el cargo de carrera sea

provisto por un empleado con derechos de carrera administrativa docente, quien sin lugar a dudas es amparado por el fuero de estabilidad propio de dicha vinculación, razón por la cual no se han desconocido los principios constitucionales de igualdad y del mérito, ni se han afectado los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa.

Es importante señalar, que la parte actora se presentó al concurso especial de méritos para la provisión de cargos de docentes y directivos docentes en zonas afectadas por el conflicto bajo el proceso de selección No. 606 de 2018, el cual tenía el objetivo de proveer 1233 vacantes definitivas en el Departamento de Caquetá; no superó las pruebas escritas o la etapa de verificación de requisitos mínimos, lo que le excluyó del proceso de selección.

Es relevante manifestar que la parte accionante, no puede pretender que con la acción de tutela incoada se violen los derechos de igualdad y de equidad, de los demás participantes, esto es, dentro del sistema de carrera que ha sido catalogado como principio constitucional y que tanto a reiterado la Honorable Corte Constitucional en su jurisprudencia.

Respecto de la estabilidad laboral por ser una persona pre pensionada, manifiestan que la Corte Constitucional mediante sentencia SU-003 de 2018 concluyó que: "Las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez"

Por lo anterior, se considera que la accionante no cumple la condición de prepensionada, por cuanto según se evidencia en el escrito de tutela, que aún le faltan (5) cinco años, para cumplir con la edad requerida. No obstante, es importante resaltar que la Corte señaló, que la garantía de la estabilidad laboral de los prepensionados será para los servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión, dado que el requisito faltante relativo a la edad puede ser cumplido de manera posterior con o sin vinculación vigente.

Para el caso concreto, se evidencia que la accionante no cumple los requisitos para ser considerada prepensionada, pues tal como lo sostuvo en el numeral Décimo Tercero del escrito de tutela le faltan más de tres (3) años para completar los requisitos que le permitirían acceder a la pensión, y tal como lo ha decantado la Corte Constitucional dicha estabilidad opera siempre que se cumpla el requisito temporal, no siendo dable para ninguna autoridad pública o para el juez constitucional desbordar ese límite que ha reiterado el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. Ahora bien, no es de recibo la argumentación de la apoderada de la tutelante al admitir que su prohijada no cumple con los criterios para ser reconocida como prepensionada y a renglón seguido solicita que se aplique una especie de flexibilidad en la norma y se le conceda el derecho deprecado, pues de admitirse este razonamiento se crearía una inseguridad jurídica insostenible en un estado de derecho.

RESPUESTA DE CARLOS ANDRES ARTUNDUAGA MURILLO ELEGIBLE CON LISTA EN FIRME, Indica que en su caso, la lista de elegibles con resolución 10835 de 2020 de la convocatoria 606 de 2018, está en firme desde el 25 de mayo de 2021, lista en la cual ocupó el tercer puesto. Además, desde el día 24 de marzo se realizó la audiencia para provisión de cargos docentes y directivos docentes, sin embargo, la gobernación del Caquetá ha demorado la notificación de nombramiento de forma arbitraria, violentando el derecho al debido proceso, desconociendo el artículo 62 del acuerdo 20181000002436 del 19-07-2018 en el cual establece que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la realización de la audiencia pública de escogencia de vacante definitiva en establecimiento educativo, la entidad territorial debe expedir el acto administrativo en periodo de prueba del educador y comunicarle al interesado, siempre respetando la vacante seleccionada por el elegible. De

igual forma, el concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, con base en criterios de objetividad e imparcialidad, determine el mérito, las capacidades, la preparación, la experiencia y las aptitudes de los aspirantes a un cargo, con el único fin de escoger al mejor, apartándose de toda consideración subjetiva o de influencia de naturaleza política o económica.

Por consiguiente, el concurso de méritos ha sido considerado el instrumento más idóneo y eficaz, para determinar las aptitudes de los aspirantes a un cargo. Además de los principios que lo inspiran, entre ellos, el mérito, la igualdad en el ingreso, la publicidad y la transparencia, la ejecución de sus reglas debe someterse al estricto cumplimiento del debido proceso⁵ y respetar todas y cada una de las garantías que rodean el proceso de selección. El resultado de la participación en el concurso de méritos es la lista de elegibles, en la que de manera ordenada se indican las personas que alcanzaron los mejores resultados en las diferentes pruebas realizadas, para acceder a los respectivos cargos. Por lo anterior, de manera respetuosa solicito al señor juez garantizar los derechos fundamentales de las personas que tienen en firme las listas de elegibles, y ordenar a la entidad territorial Gobernación del Caquetá expedir en un término no mayor a 48 horas las notificaciones de nombramiento correspondientes.

Y finalmente la gobernación del Caquetá, Indica que el reporte de las vacantes definitivas se realizó de conformidad con los criterios señalados en el artículo tercero de la Resolución No.4972 de 2018 y no a criterio de la Secretaría de Educación Departamental, en los formatos y conforme al procedimiento establecido por la CNSC como entidad responsable de la preparación y desarrollo del concurso especial de méritos del posconflicto. Entre las vacantes se reportó la del Área de ciencias sociales de la Institución Educativa Palma Arriba ubicada en zona rural del municipio de la Montañita Caquetá, que cumple con los criterios referidos en la norma señalada.

Se opone a la acción de tutela, toda vez que la accionante fue desvinculada de la entidad en virtud del nombramiento en periodo de prueba de quien superó el concurso público de méritos especial del posconflicto 606/2018, aduce que el Gobierno Nacional, por medio del Decreto Ley 882 de 2017 adoptó normas sobre la organización y prestación del servicio educativo estatal y el ejercicio de la profesión de vacancias definitivas pertenecientes a la planta de cargos destinada exclusivamente a la prestación del servicio educativo en instituciones educativas ubicadas en las zonas afectadas por el conflicto armado precisadas mediante reglamentación que expidiera el Ministerio de Educación Nacional de conformidad con los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDT), a través de concurso especial de méritos.

El gobierno expidió el Decreto Reglamentario No.1578 de 2017, mediante el cual se reglamentó el concurso especial de méritos para la provisión de cargos de docentes y directivos docentes del servicio educativo estatal en establecimientos oficiales que prestaran su servicio a población mayoritaria en zonas rurales afectadas por el conflicto, priorizadas y reglamentadas por el Ministerio de Educación Nacional.

El Ministerio de Educación Nacional, mediante Decreto No.04972 del 22 de marzo de 2018, definió las zonas con programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) en las que se aplicaría la planta exclusiva de cargos docentes y directivos docentes del concurso de méritos especial y conforme el artículo 4 priorizo a los 15 municipios no certificados en educación del Departamento del Caquetá, entre ellos el Municipio de la Montañita Caquetá.

Se anota que en dicho Decreto se señalaron los criterios para definir las zonas en que se aplicaría el concurso de méritos de carácter especial y que la Institución Educativa Palma Arriba del municipio de Montañita cumplió con ellos, por lo que fueron reportadas ante la

CNSC todas las plazas en vacancia definitiva que allí existían, incluida la del área de ciencias sociales en la que estaba nombrada en provisionalidad la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA.

Corresponde al Departamento del Caquetá cumplir con las etapas 9 y 10 de nombramiento y posesión de los elegibles, cumplidos las etapas del concurso, en firme la lista de elegibles y finalizadas las audiencias públicas de escogencia de plaza, el Departamento del Caquetá mediante acto administrativo motivado dio por terminado el nombramiento provisional de la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA, quien se desempeñaba como docente en el área de ciencias sociales en la Institución Educativa Palma Arriba ubicada en zona rural del municipio de la Montañita Caquetá, para proveer en forma definitiva el empleo con la persona que superó el concurso especial de méritos del posconflicto adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

La terminación del nombramiento provisional del cargo de docente de la tutelante obedeció al nombramiento en periodo de prueba de quien participó del concurso, superó todas las etapas, se encuentra en lista de elegibles y escogió la plaza docente, motivos expuestos en el acto administrativo respectivo comunicado oportunamente a la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA, garantizándose de esta manera el derecho al debido proceso. Se anota que la tutelante tuvo el derecho a participar del concurso y no presentó reparo alguno durante el desarrollo del mismo.

De otro lado indican que la docente no cuenta con la edad como uno de los requisitos para ser considerada pre pensionada (sin hacer un análisis del número de semanas cotizadas), como quiera que cuenta con 49 años de edad y para obtener la calidad de pre pensionada si se encuentra en el régimen de transición, requiere contar con 52 años de edad, y si encuentra bajo el régimen de la ley 100 de 1993, contar con edad 54 años, no hay lugar a este tipo de protección.

Por lo anterior solicita no acceder a las pretensiones del actor y en su lugar declarar infundada la acción constitucional y ordenar el archivo definitivo de la tutela.

Anexan: a la respuesta el Decreto 000290 del 16 de abril de 2021, mediante el cual se da por terminado el nombramiento en provisional de MARIA AURORA GIL VALENCIA identificada con cédula No.40.776.028 efectuado mediante Decreto No.402 del 25/04/2016 Docente de la I.E.R. PALMA ARRIBA sede Palma Arriba ubicado en la zona rural del municipio de la Montañita en el área de Ciencias sociales, y se anexa el oficio de fecha 10 de mayo de 2021 mediante el cual se comunica el acto administrativo.

Conforme a lo anterior, se avizora que la apoderada de la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA pretende a través de la acción Constitucional atacar decisiones y actos administrativos adoptados dentro de un concurso de méritos, siendo posible colegir el incumplimiento de uno de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, en concreto, el de subsidiariedad que impone que el interesado debe hacer uso de los mecanismos legales para conjurar la vulneración que acusa, situación que de no verificarse, deriva en la improcedencia del amparo, comprensión que solo cede si se constata que el recurso resulta ineficaz o que se deba evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable.

En este orden de ideas se tiene en primer lugar que la accionante no acudió ante el juez natural, esto es, la jurisdicción contencioso administrativa, a efectos de que allí se revisara la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión del mencionado Concurso de Méritos y se declarara la nulidad de los mismos en caso de encontrarse que fueron expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o mediante falsa motivación, tal como lo argumenta la apoderada de la accionante que fueron proferidos.

En orden a lo pretendido, y específicamente tratándose de la acción de tutela contra actos administrativos, la Corte Constitucional ha indicado que la excepcionalidad del recurso de amparo se torna especialmente estricto, en tanto, no es el mecanismo idóneo para atacarlos, ya que por su propia naturaleza, se encuentran amparados por el principio de legalidad, pues se parte del presupuesto que la administración, al momento de manifestarse a través de un acto, debe acatar las prerrogativas constitucionales y legales a las que se encuentra subordinada.

De allí que su legalidad se presuma, obligando a demostrar a quien pretende controvertirlos que aquel se apartó, sin justificación alguna, del ordenamiento jurídico, debate que se debe adelantar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En este sentido, la Alta Corporación ha determinado que la acción de tutela no procede como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, evento en el que el juez de tutela únicamente podrá suspender la aplicación del acto administrativo mientras se surte el respectivo proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991). Habida cuenta de que la causal de improcedencia relacionada con el agotamiento de los medios de defensa judicial, cede ante la existencia de un perjuicio irremediable, se impone decir entonces que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional la “irremediabilidad” determina que no se trata de cualquier menoscabo, y conforme al Decreto 2591 de 1991, “se entiende por irremediable el perjuicio que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”.

De otro lado se avizora que para el municipio de Montañita, se ofertaron dos vacantes en el área de ciencias sociales, se desprende que, desde el inicio del proceso de selección, se publicó la OPEC en la que se podían verificar las vacantes ofertadas, es decir, que la accionante, desde aquella época, tuvo la posibilidad de haber advertido que, el empleo en el que se encontraba laborando, había sido ofertado en el concurso de méritos, y si era del caso, haber concursado para acceder al mismo, sin embargo, conforme a lo indicado por el Ministerio de Educación Nacional al descorrer el traslado, la parte actora se presentó al concurso especial de méritos para la provisión de cargos de docentes y directivos docentes en zonas afectadas por el conflicto bajo el proceso de selección No. 606 de 2018, el cual tenía el objetivo de proveer 1233 vacantes definitivas en el Departamento de Caquetá; no obstante no superó las pruebas escritas o la etapa de verificación de requisitos mínimos, lo que le excluyó del proceso de selección.

Conforme a lo expuesto, cabe exaltar que, la oferta del cargo que actualmente ocupa la accionante, no se realizó por capricho de las entidades encartadas, sino en cumplimiento de las normas que rigieron el concurso de mérito adelantado, además, debe resaltarse que, si bien es cierto, la señora GIL VALENCIA, fue nombrada en provisionalidad mediante Decreto No. 000402 del 25 de abril de 2016 de la Secretaría de Educación del Departamento del Caquetá, para laborar en la Institución Educativa Palma Arriba sede Treinta Alto jurisdicción del municipio de La Montañita, en el área de Ciencias Sociales, se debe aclarar que el nombramiento en provisionalidad estaría vigente hasta que se configure cualquiera de las causales de retiro de servicio consagrados en la Constitución Política Nacional, las Leyes y los Reglamentos, o hasta que se adelanten *los respectivos concursos de méritos*

Por lo tanto la accionante, desde que empezó a ejercer su cargo, tenía conocimiento que, como consecuencia del adelantamiento de un concurso de méritos, su provisionalidad podía terminar, situación que, conlleva, a que su empleo actualmente se encuentre disponible

para las personas que surtieron todas las etapas del proceso de selección y que, por meritocracia, obtuvieron el derecho de acceder a los cargos.

Por consiguiente debe indicarse que, encuentra este Despacho, desvirtuada la afirmación de la vulneración al derecho fundamental al debido proceso administrativo y al trabajo, toda vez que como se señaló en precedencia, la selección y oferta del cargo que ostentaba la actora, se realizó con el lleno de los requisitos exigidos por las normas encargadas de regular el proceso de selección 606 de 2018, y en caso de que, alguno de los elegibles llegare a tomar posesión del mismo, esto obedecería a los méritos alcanzados tras haber participado en el correspondiente concurso, situación que conlleva a declarar improcedente la pretensión relacionada con la impugnación de la plaza vacante de la Institución Educativa Rural Palma Arriba sede Palma Arriba en el área específica de ciencias sociales por haberse violado el derecho en el debido proceso en cuanto a la selección de dicha vacante, lo cual conlleva a que no se puedan revocar a través de la presente acción de tutela los nombramientos de los docentes que a su criterio no cumplieron con los requisitos exigidos por el decreto 1278 de 2002.

Ahora bien respecto de las pretensiones relacionadas en la cual invoca la estabilidad laboral, mínimo vital, protección estatal en caso de debilidad manifiesta pre- pensionado y madre cabeza de familia, debe señalarse que, de los documentos allegados al plenario, frente a dicha afirmación, la actora indica que a través de sus ingresos como docente sostiene a su núcleo familiar conformado por su hijo Jefferson Steven García Gil quien se encuentra realizando estudios superiores en la Universidad Autónoma de Cali, sus nietos Amy Lee Ocampo García y Roony Fernando Ocampo quienes dependen económicamente de la actora, remitiendo únicamente los registros civiles de los menores de edad (nietos) y copia de la cédula de ciudadanía del joven Jefferson Steven García Gil, omitiendo allegar documentos adicionales que demostrarían de manera efectiva la configuración de un perjuicio o vulneración algún derecho fundamental, adicional a ello, se encontró que, no obra prueba alguna que demuestre que la docente es madre cabeza de familia y que sus nietos dependen económicamente de la misma, adicionalmente tampoco se allegaron pruebas mediante las cuales fuera posible evidenciar los motivos por los cuales los padres de los menores Amy Lee Ocampo García y Roony Fernando Ocampo, se han sustraído de la obligación legal que tienen con los mismos, de asumir su cuidado, custodia y manutención y que hubieran llevado a la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA a asumir tales obligaciones, por lo que, la sola afirmación, no es suficiente para que el Despacho tenga por cierta dicha circunstancia.

Es importante resaltar que la estabilidad laboral reforzada opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de ciertos grupos poblacionales, que se verían interferidos por el retiro del empleo público, no obstante, no es viable confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad debe aplicarse con flexibilidad, ni mucho menos sugerir aplicar un “dinamismo humano” aun cuando dicha protección no se fundamenta en un mandato legal sino en disposiciones especiales de protección contenidas en la Constitución Política y en el principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables.

Aunado a lo acotado en líneas precedentes, esta Judicatura no avizora la configuración de los requisitos exigidos por la jurisprudencia Constitucional, para considerar a la señora MARIA AURORA GIL VALENCIA como sujeto susceptible de estabilidad laboral reforzada, pues como ya se dijo, el servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera goza de una estabilidad laboral relativa, habida cuenta que la estabilidad reforzada se predica de quien ocupa el cargo en carrera, la cual implica que el retiro sólo se podrá hacer por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

Ello, con miras a garantizar que en ninguno de estos empleos, razones ajenas al servicio puedan determinar el nombramiento, ascenso o remoción de los ciudadanos en puestos públicos. Excepcionalmente, los cargos de carrera pueden ser ocupados en provisionalidad, figura que busca responder a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia.

Sin embargo, dicha situación temporal no cambia la calidad o naturaleza del cargo que se ocupa, pues la circunstancia de hecho no tiene la disposición para cambiar una determinación legal. En consecuencia, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera, no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto.

Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad laboral relativa en el empleo público, en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos. Así las cosas, la estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo.

Bajo tal perspectiva, a efectos de determinar si nos encontramos ante un perjuicio irremediable, es claro que el proceder de las accionadas no se encuadra en lo que ha denominado la Corte “injustificado y carente de legitimidad”, pues, el Concurso Especial de Méritos para la provisión definitiva de los empleos vacantes de directivos y docentes en establecimientos educativos públicos que prestan sus servicios en zonas rurales afectadas por el conflicto armado en el Departamento de Caquetá, mediante el Proceso de Selección No. 606 de 2018, se dio en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto Ley 882 de 2017, mediante el cual se adoptaron normas sobre la organización y prestación del servicio educativo estatal y el ejercicio de la profesión docente en dichas zonas afectadas por el conflicto armado, y de conformidad con la creación de Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial -PDET a través del Decreto Ley 893 de 2017, en donde se incluyó el municipio de Montañita del Departamento de Caquetá como beneficiario de los mismos, por lo cual, atendiendo a lo consagrado en el artículo 3º del Decreto 882 de 2017, el Ministerio de Educación expidió la Resolución 4972 de 2018, donde se definieron los criterios que permitieron determinar los 125 municipios en los que se realizaría la provisión de empleos rurales del sistema especial de carrera docente a través del concurso de méritos a nivel nacional, la cual se encuentra ceñida a los 170 municipios que conforman las 16 zonas PDET de que trata el Decreto 893 de 2017, Resolución en la que aparece también dicho municipio como priorizado para desarrollar el mencionado concurso de méritos, y se señaló que las Entidades Territoriales Certificadas en educación deberían aplicar unos criterios a los municipios seleccionados con el fin de identificar las instituciones educativas donde se proveerán las vacantes definitivas mediante dicho concurso, frente a lo cual, el Departamento de Caquetá determinó y reportó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC, incluyendo en ella los empleos vacantes en los establecimientos educativos oficiales que tuvieran todas sus sedes en el área rural, entre los cuales se encuentra el empleo de la docente.

Y finalmente, respecto de la calidad de pre pensionado de la señora MARIA AUORA GIL VALENCIA, según los hechos de la acción de tutela se desprende que la misma tiene un promedio de 1.050 semanas cotizadas y tiene actualmente 49 años de edad, haciéndole falta cinco (05) años para pensionarse.

A su vez la ley 790 de 2002 y el decreto 190 de 2003 establece que quienes estén a menos de tres años para obtener el derecho a pensión de jubilación gozan de la garantía de estabilidad laboral reforzada.

En cuanto a la estabilidad laboral la Corte Constitucional mediante sentencia SU-003 de 2018 concluyó que: "Las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez" (Negrilla y subrayas fuera de texto).

Por lo anterior, se considera que la accionante no cumple la condición de prepensionada, por cuanto según se evidencia en el escrito de tutela, que aún le faltan (5) cinco años, para cumplir con la edad requerida. No obstante, es importante resaltar que la Corte señaló, que la garantía de la estabilidad laboral de los prepensionados será para los servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión, dado que el requisito faltante relativo a la edad puede ser cumplido de manera posterior con o sin vinculación vigente. "En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente."

Por consiguiente, este juez no hará un análisis más profundo de lo peticionado por la accionante, pues a todas luces se avizora que la misma cuenta con otros medios de defensa judicial para proteger los derechos que reclaman, no debe ser el juez constitucional quien se involucre en casos que son netamente competencia de los jueces ordinarios, pues así ha sido indicado por la diferente normatividad colombiana, el juez de tutela está llamado a proteger los derechos constitucionales, su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración.

En otras palabras, el juez de tutela no puede entrar a dar órdenes con base en supuestas negativas u omisiones, en aras de la protección pedida, pues, sólo le es dado hacerlo si existen en la realidad las acciones u omisiones de la autoridad y ellas constituyen la violación de algún derecho fundamental.

Pues bien, teniendo en cuenta que la acción de tutela busca la protección de derechos fundamentales de rango constitucional, es claro para este juzgado que la protección de estos derechos es de carácter legal, siendo entonces que estas pretensiones son reclamables ante el juez natural que el legislador ha creado para que resuelva los conflictos que se presenten en las relaciones con sus asociados, llevando a concluir que le compete a los interesados en este caso acudir ante la jurisdicción ordinaria- y/o contenciosa administrativa según sea el caso, e iniciar solicitudes antes la entidad accionada, la cual está encargada de dirimir este tipo de litigios.

Es importante también recalcar que tampoco se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable para que tuviera procedencia esta acción constitucional, recordemos que el perjuicio irremediable debe reunir las características de urgencia, gravedad, inminencia e

impostergabilidad, acreditadas por lo menos sumariamente, para lograr la protección de los derechos en sede de tutela, ya que la informalidad de esta acción de tutela no exime al demandante de probar, aun mínimamente, los hechos base de sus pretensiones, lo cual no se demostró ni probó en la presente acción de tutela.

Resulta pertinente señalar en este estado, que acorde con reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y residual, en donde se propende por la protección, por este medio, de derechos fundamentales, más no de aquellos que estén sujetos a discusión jurídica, situación en la cual el Juez Constitucional estaría ante la resolución de asuntos legales, tarea que escapa por completo de su competencia.

Por tanto, la acción de tutela está consagrada para la “protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quieran que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública” (art.86 de la Carta); por ello, cuando no se haya requerido previamente a la autoridad, salvo los casos verdaderamente excepcionales, impide que la tutela proceda, ya que no se tiene certeza de si la autoridad vulneró algún derecho fundamental.

Entonces, mal podría este caso, definirse mediante la Acción de tutela, y en consecuencia ordenarse emitir una orden en los términos pretendidos por la accionante, a sabiendas de que existe otro mecanismo al cual debe acudir, como se ha venido reiterando la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, no permite en el presente caso su aplicación, pues es un tema que debe ser solucionado en los términos indicados, motivo por el que se negará la solicitud de amparo de derechos solicitada.

Conforme a lo anterior se concluye que en el presente caso no se han amenazado los derechos fundamentales invocados por LEYDY MARIAN MARIN CHAVEZ quien actúa como apoderada de MARIA AURORA GIL VALENCIA, como vulnerados por parte de la GOBERNACION DEL CAQUETA Y SECRETARIA EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA, razón por la cual se declara improcedente la presente acción de tutela.

De otro lado y en relación, a los terceros interesados que pasaron el concurso especial para docentes y directivos docentes en zonas rurales afectadas por el conflicto de la convocatoria No. 601-623 de 2018 adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil y que tengan opción de nombramiento, se ordenara a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNS, a la Gobernación del Caquetá y a la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, realizar la notificación de la presente sentencia de tutela No.52 a los mismos, así mismo se ordenará que se publique el presente fallo de tutela en la Página Web de cada entidad.

Así las cosas, el camino a seguir no es otro que declarar improcedente la acción de tutela y no acceder al reclamo constitucional de la accionante.

Parte Dispositiva.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que este Despacho, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

V. RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la solicitud de amparo a los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, elevada por la apoderada judicial LEYDY MARIAN MARIN CHAVEZ quien actúa en representación de los intereses de MARIA AURORA GIL VALENCIA en contra de la GOBERNACION DEL CAQUETA Y SECRETARIA EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes e intervenientes por el medio más expedito posible, advirtiéndoles que esta decisión podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, a la Gobernación del Caquetá y a la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, realizar la notificación del presente fallo de tutela a los ciudadanos que pasaron el concurso especial para docentes y directivos docentes en zonas rurales afectadas por el conflicto, de la convocatoria No. 601-623 de 2018 adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil y que tengan opción de nombramiento, así mismo se ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNS, a la Gobernación del Caquetá y a la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, realizar la notificación del presente fallo de tutela a los mismos, y se publique la sentencia de tutela No.52 en la Página Web de cada entidad.

CUARTO: En el evento de no ser impugnada esta providencia, se enviará al día siguiente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: Si la tutela es excluida de Revisión, archívese de forma definitiva una vez regrese de la Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



FREDDY ESPINDOLA SOTO

JUEZ PRIMERA PENAL MUNICIPAL DE FLORENCIA