



**JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL
FLORENCIA – CAQUETÁ**

Palacio de Justicia, Piso 2 / Av. 16 No. 6-47 barrio 7 de agosto
e-mail: j05cmpalflc@cendoj.ramajudicial.gov.co

Florencia, veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Proceso : ACCIÓN DE TUTELA
Accionante : LIBIA RUTH CAPERA YATE
Accionado : DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN.
Vinculados : COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, LUCELIDA SÁNCHEZ CARDOZO Y PARTICIPANTES DEL CONCURSO – PROCESO DE SELECCIÓN N° 606/2018.
Radicación : 18001.40.03.005-2021-01178-00

Se resuelve la tutela impulsada por la señora **LIBIA RUTH CAPERA YATE** a través de apoderado, contra el **DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN [accionada]**, el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, la señora **LUCELIDA SÁNCHEZ CARDOZO** y los demás **PARTICIPANTES DEL CONCURSO DE MÉRITOS – PROCESO DE SELECCIÓN N° 606/2018 [vinculados]**

I- RELACIÓN DE HECHOS

Sostiene el abogado que su cliente fue nombrada en provisionalidad, como **DOCENTE** de la Planta Global de Cargos en la Institución Educativa Instituto Técnico Sagrados Corazones, sede Escuela Puerto Limón del Municipio de Puerto Rico, para cubrir una licencia de maternidad. La designación se hizo, por medio de Decreto 00875 del 26 de abril de 2005. Posteriormente, según Decreto 01516 del 22 de agosto de 2015, fue designada como **DOCENTE** del centro educativo **CAMPO HERMOSO**, Sede Nuevo Palmiches, ubicado en el Municipio de San Vicente del Caguán.

De igual manera, indica que, mediante Decreto No. 002303 del 07 de octubre de 2003, emanado de la Secretaría de Educación Departamental nombró a la señora **LIBIA RUTH CAPERA YATE**, como **DOCENTE** de la Institución Educativa Rural Arenoso Sede ceibas abajo, ubicado en la zona Rural del Municipio de San Vicente del Caguán.

En ese último puesto, dice, estuvo vinculada hasta que se dio por terminado su nombramiento, por medio de Decreto 0967 del 8 de junio de 2021 expedido por la Secretaría Departamental del Caquetá. El anterior acto administrativo, asegura, fue comunicado a su representado por medio de Oficio No. CAQ2021EE022016 del 21 de junio de 2021.

Su patrocinada, dice, es mujer cabeza de hogar. Tiene a cargo su padre, quien es una persona de 84 años, que padece patologías de base y que depende única y exclusivamente de ella. Por su desvinculación, no podrá garantizarse su mínimo vital, como tampoco el sostenimiento de su familia, lo que afecta sus derechos fundamentales.

II- EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

El abogado pide que se reconozca a su cliente su condición de mujer cabeza de familia, y que se amparen sus derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, trabajo, salud, seguridad social y familia. En consecuencia, solicita que se ordene a la accionada el reintegro de su mandante a un cargo igual o mejor tango del que había desempeñado. También, que pague los salarios, prestaciones sociales, y las cotizaciones de seguridad social, desde el momento de su desvinculación hasta su reintegro.

III- MEDIDA PROVISIONAL

No se pidió.

IV- PRESUNTOS DERECHOS VIOLADOS O AMENAZADOS:

Según la demanda, la accionada vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, trabajo, salud, seguridad social y familia.

V- RELACIÓN DE PRUEBAS

DOCUMENTALES

En el trámite de este procedimiento se aportaron los siguientes elementos de persuasión:

La parte actora aportó: (i) poder conferido a los abogados CESAR ORLANDO VARÓN URBANO y YEISON MAURICIO COY ARENAS; (ii) copia de la cedula de ciudadanía del actor y del señor ALFONSO CAPARA TIQUE; (iii) copia de comunicado del 21/junio/2021 expedido por la entidad accionada; (iv) copia de Decreto 000967 del 8 de junio de 2021 de la Gobernación del Caquetá por el cual se termina el nombramientos de docente en provisionalidad, y se realiza un nombramiento de docente en periodo de prueba; (v) copia de historia clínica del señor del señor ALFONSO CAPARA TIQUE; (vi) copia de declaraciones rendidas ante Notaria; (vii) copia de Decreto 00875 del 26/abril/2005; (viii) copia de Decreto 001516 del 22/agosto/2005; y finalmente (ix) copia de Decreto 0157 del 30/enero/2014.

La SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE FLORENCIA aportó: (i) copia de Decreto N° 000631 del 28/septiembre/2020, que corresponde a la delegación realizada al jefe del departamento Jurídico, para la representación judicial en las acciones constitucionales que involucren a esa entidad; (ii) copia del nombramiento de la señora OLGA PATRICIA VEGA CEDEÑO en el cargo de Asesor Código 105 grado 04 adscrito al Departamento Jurídico del Despacho del Gobernador del Caquetá; y (iii) copia del Decreto 00751 del 26/mayo/2021, por medio del cual se establecen criterios objetivos para la reubicación o traslado de docentes y/o directivos docentes en provisionalidad de conformidad con el parágrafo 2 artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015 a aplicar en el concurso de méritos 606-2018

EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL aportó copia de los documentos que acreditan la calidad y cargo que ejerce la persona que contestó la demanda en nombre de la entidad.

La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL allegó los siguientes documentos: (i) copia de Resolución N° 10259 del 15/octubre/2020; y (ii) copia de constancia de publicación que fuera ordenada por este juzgado.

Finalmente, la señora LUCELIDA SÁNCHEZ CARDOZO no se pronunció sin aportó pruebas.

VI- INFORME DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y DE LOS VINCULADOS

Secretaría de Educación Departamental de Florencia [accionada]

Reconoce lo relacionado con los nombramientos de la demandante en provisionalidad, así como su desvinculación, pero aclara que obedeció a la necesidad de nombrar en periodo de prueba al elegible que superó el concurso de méritos.

Por lo demás, respecto del caso del accionante, así como de la petición por él realizada, indica:

1. El número de plazas vacantes (1.317) es menor al número de elegibles (2.819).
2. La terminación del nombramiento del accionante obedeció a criterios puramente objetivos. Nombraron, en el lugar que ocupaba la actora y en estricto orden de mérito, a la persona que superó el concurso de méritos convocado.
3. Pese a ser mayoritaria la lista de elegibles con relación al número de vacantes, la Secretaría de Educación Departamental en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales de propiciar actos preferenciales como medidas afirmativas a favor de sujetos de protección especial, expidió el Decreto 00751 del 26/mayo/2021, por medio del cual se dispuso el traslado y/o reubicación de docentes o directivos docentes que acrediten alguna condiciones de las establecidas en el parágrafo segundo del Decreto 1083/2015. Se delegó al Comité Técnico allí creado y conformado, la evaluación de cada uno de los casos, y conceptuar la viabilidad de ser priorizado.
4. El demandante presentó solicitud de reubicación alegando la condición de mujer cabeza de familia. El comité analizó el caso el 8/junio/2021, y concluyó que no procede su posible reintegro o reubicación, por tener la condición alegada. No demostró, dice, que asume **“solitariamente”** el cuidado y manutención de su padre. Este último, además, señala que *“puede tener más hijos”*, quienes están en el deber de ayudar. De otra parte, advierte que el señor CAPERA TIQUE se encuentra afiliado a NUEVA EPS, como cotizante, lo que evidencia capacidad de pago e ingresos provenientes, al parecer, de pensión.

Finalmente, solicita declarar improcedente la tutela, ya que el demandante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento de derechos para reclamar lo aquí pretendido. De igual manera, llama la atención de que no se acreditó que hizo uso de la acción contencioso, y tampoco explicó por qué no activó ese canal judicial alternativo. No aportó, en últimas, pruebas que demuestren el cumplimiento de los requisitos para que proceda la tutela como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ministerio de Educación Nacional.

Solicita su desvinculación, por cuanto no está legitimado en la causa por pasiva. Explica que el demandante no dirigió ninguna petición a ese organismo, en tanto

que la prestación del servicio público educativo se encuentra descentralizado atribuyendo competencias a los entes territoriales. Corresponde, según la Ley, y en este caso a los Departamentos, *“administrar el personal docente en su jurisdicción, siendo relevante subrayar que dichas atribuciones incluyen la facultad nominadora; por tanto, el Ministerio de Educación Nacional no tiene la competencia para intervenir directamente en las funciones y responsabilidades de los entes territoriales”*.

El Ministerio, dice, *“no tiene injerencia en las decisiones administrativas tomadas por las entidades territoriales certificadas en educación, ni en las competencias legales que se establecen para el caso de los traslados por razones de seguridad del personal docente y directivo docente a su cargo”*.

En todo caso, y después de citar jurisprudencia, sostiene que *“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.”*

Deja claro, además, que *“la intención de la parte actora no puede ser el de conservar más allá del tiempo la provisionalidad que actualmente ocupa, queriendo desterrar a los aspirantes que de manera positiva han superado el proceso de selección en mención y que actualmente se encuentran en la etapa de selección de vacantes definitivas, según el mérito dispuesto en el orden de las listas de elegibles”*.

Por último, también advierte sobre la improcedencia de la tutela para resolver este conflicto.

Comisión Nacional del Servicio Civil.

Solicita su desvinculación por carecer de legitimación en la causa por pasiva. Para tal propósito, refiere cuáles son sus facultades legales en materia de carrera administrativa, igual que la frontera de sus competencias legales sobre el particular, vale decir, hasta la expedición y firmeza de la lista de elegibles. Lo que suceda después, según su decir, es atribución del nominador, en este caso, de la Secretaría de Educación. Por lo tanto, como lo debatido tiene que ver con los nombramientos de las personas que superaron el concurso de méritos, la CNSC no es la llamada a responder.

Sin perjuicio de lo anterior, indica que, *“frente a los derechos de las personas en condición de enfermedad catastrófica, discapacidad, incapacidad médica por enfermedad común o profesional, padre o madre cabeza de familia y pre pensionados, éstos no resultan incompatibles con el concurso de méritos y serán las normas constitucionales y las decisiones que sobre la materia expidan las autoridades judiciales, quienes decidan los procedimientos y directrices, cuando ambos derechos coincidan en un mismo momento, por lo que en caso de que el empleo ofertado resulte con lista de elegibles diferente al servidor que lo provee actualmente de manera temporal, el mismo de deberá ser provisto meritocráticamente”*.

Lucelida Sánchez Cardozo.

Guardó absoluto silencio dentro del término concedido, pese a que fue notificada de su vinculación¹.

VII- CONSIDERACIONES:

7.1. De la acción de tutela:

La *acción de tutela* consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política es el mecanismo idóneo para que toda persona obtenga la protección de sus derechos fundamentales, cuando estos han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de un particular en los casos autorizados.

Debe entenderse como *derecho fundamental* aquellos que son inherentes, inalienables y esenciales a la persona humana, es decir que constituye una parte de su propia esencia, por lo cual implican una necesaria protección por parte del Estado. Sin embargo, tal clasificación también cobija en lo pertinente a las personas jurídicas, siempre que el derecho objeto del litigio pueda predicarse de ellas.

En ese sentido, la finalidad de este procedimiento especial es lograr que el Estado restablezca el derecho fundamental transgredido o impida que la amenaza que sobre él recae se configure. Si bien la acción de tutela es el mecanismo idóneo para lograr la salvaguarda de los derechos fundamentales, lo cierto es que es un mecanismo subsidiario, por lo cual sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando la tutela se utilice como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esto es apenas obvio, si se tiene en cuenta que durante muchos años la posición de la Corte Constitucional ha sido que *“(e)ste mecanismo privilegiado de protección... Sólo procede cuando (1) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, - caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados -, o (2) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (i) o no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o (ii) la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*².

7.2- Lo que se debate:

La accionante, por intermedio de su abogado, reclama el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, trabajo, salud, seguridad social y familia, aparentemente vulnerados por la accionada, quien terminó su nombramiento en provisionalidad para nombrar al aspirante que superó el concurso de méritos, desconociendo que tiene la calidad de sujeto de protección especial, por ser mujer cabeza de hogar.

La accionada, por su parte, solicita desestimar la tutela. Para tal efecto, sostiene que la accionada no demostró tener la condición de mujer cabeza de familia. Finalmente, considera que la tutela es improcedente, por no satisfacer el presupuesto de subsidiariedad. Señala que tiene otros medios para reclamar lo aquí pedido.

Las entidades vinculadas, en líneas generales, solicitan su desvinculación por falta de legitimación en la causa.

¹ Ver archivo del expediente digital 11ConstanciaNotificacionVinculada.pdf

² Sentencia T-007 de 2008.

Perfilada la sinopsis de la situación procesal, este despacho debe dar solución a los siguientes problemas jurídicos:

7.2.1- Problemas jurídicos:

- i. ¿Están satisfechos los requisitos de procedencia de la acción de tutela, y por ello se encuentra habilitado este despacho para resolver de fondo el litigio?; y si es así, debe ocuparse este titular de responder si,
- ii. ¿La SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ vulneró a la señora LIBIA RUTH CAPERA YATE sus derechos fundamentales a una vida digna, igualdad, trabajo, salud, seguridad social y familia, al terminar su relación laboral para nombrar en periodo de prueba a la persona que superó el concurso de méritos, pese a que, según su decir, es un sujeto de protección especial, por ser mujer cabeza de hogar?

7.2.1.1- Solución a los problemas jurídicos:

Respuesta al primer interrogante:

Para que proceda la acción de tutela debe haber legitimación tanto por activa como por pasiva. Por lo primero, se debe satisfacer los presupuestos del art. 10 del Decreto 2591/1991. Por lo segundo, recuérdese que la tutela procede contra la acción u omisión de una autoridad pública que haya vulnerado, viole o amenace una garantía fundamental. Si la contraparte del promotor del amparo es un **particular**, solo procede si: (i) presta un servicio público, (ii) su comportamiento afecta gravemente el interés colectivo, o (iii) si el afectado se halla en estado de indefensión o subordinación frente a su rival (Constitución, art. 86). Si no, es improcedente.

De otra parte, la Corte Constitucional ha definido unos principios o criterios que orientan o más bien gobiernan la procedencia de la acción de tutela. El primero se refiere al presupuesto de inmediatez y el otro al requisito de subsidiariedad o residualidad.

Se entiende por *inmediatez*: la urgencia por conjurar la vulneración o la amenaza del derecho fundamental alegado. Está basada en el concepto de tiempo razonable, según precedente originado en la sentencia C-543 de 1999. Por lo tanto, la tutela debe ser presentada en un plazo prudente y sensato, contado desde la fecha en que ocurre la supuesta vulneración. Se debe, en consecuencia, revisar los motivos expuestos en la demanda para establecer si hay o no una razón que justifique la tardanza.

En lo que respecta a la *subsidiariedad*, cabe mencionar que, por disposición constitucional (Constitución Política de Colombia, art. 86), la acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Igualmente, que dentro de las causales de improcedencia se encuentra el hecho de no agotar previamente todos los medios o recursos de defensa judicial, siempre que estén al alcance del afectado (Decreto 2591 de 1991, art. 6º).

La Corte Constitucional se ha encargado de desarrollar ese criterio de la siguiente manera: el juez puede encontrarse con cuatro hipótesis según el caso planteado³:

³ Concepto tomado del Módulo I “Acciones Constitucionales”, de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, año 2017. Autores: Doctores Luis Manuel Castro Novoa y Cesar Humberto Carvajal Santoyo.

1. El ordenamiento jurídico no consagra un medio judicial ordinario para resolver el asunto o defender el derecho reclamado. En este caso, la tutela procede como mecanismo definitivo.
2. El sistema normativo regla un medio judicial que en principio es *idóneo* para dar respuesta a la problemática planteada, pero al revisar el caso existen circunstancias que desvirtúan esa aptitud, haciendo que en la práctica sea ineficiente. En este evento, la tutela procede como medio principal.
3. El sistema normativo regla un medio judicial que en principio es *eficaz* para dar respuesta a la problemática planteada, pero al revisar el caso existen circunstancias que desvirtúan esa impresión inicial, haciendo que en la práctica no lo sea. En este evento, la tutela procede como medio principal.
4. El legislador tiene previsto mecanismos judiciales ordinarios que son eficaces e idóneos. La tutela no procede, a menos que se requiera la intervención del juez para evitar un perjuicio irremediable, es decir, debe existir una amenaza de que ocurra un daño grave, irreparable, e impostergable, lo cual haga imperiosa la intromisión transitoria del juzgador.

En ese supuesto, la protección es provisional, de modo que el promotor debe acudir al juez ordinario dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del fallo, para iniciar el proceso que corresponde. Aparte de esto, la protección constitucional es temporal: se agota al cabo de los cuatro (4) meses si no fue iniciada la acción judicial, o cuando se produzca la sentencia del juez natural y que resuelva la problemática.

Entendido lo anterior, corresponde al juzgado verificar si en el caso analizado se superaron esos filtros de procedencia. Si la respuesta es positiva, nos debemos ocupar de resolver de fondo el caso; si no, se debe declarar improcedente la súplica constitucional.

Sobre la legitimación en la causa de los intervinientes en este proceso:

No hay discusión sobre la legitimación **por activa**: según el art. 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela puede ser ejercitada por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o través de representante. Los poderes, dice la disposición legal citada, se presumirán auténticos.

Cómo en el presente caso el presunto afectado actúa a través de apoderado⁴, de acuerdo con poder allegado con la demanda, bien parece que se encuentra legitimado para formular el presente reclamo constitucional.

Frente a la legitimación **por pasiva**, recordemos que de tiempo atrás la jurisprudencia de la Corte ha señalado que en la acción de tutela esa figura "*hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental*"⁵.

En el caso que se estudia, la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ sí tiene esa aptitud legal, pues no sólo es una entidad pública (Constitución Política, art. 5°), sino que, además, es la encargada

⁴ Según consulta de antecedentes disciplinarios, el abogado no registra sanciones.

⁵ Sentencia T-1015-06

de administrar las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos (Ley 715 de 2001, art. 6º numeral 6.2.3), es decir, a su cargo se encuentra la etapa de nombramiento y posesión de las personas que superaron el concurso de méritos para ocupar en carrera los cargos de docentes en vacancia definitiva, cuestión que precisamente agita la presente polémica, y por lo tanto, es la llamada a cumplir un eventual fallo.

Por su parte, es claro que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, aunque es una entidad también del orden público, lo que la hace apta para enfrentar este juicio constitucional, no es responsable del proceso de nombramiento del personal docente, pues eso no hace parte de sus funciones en relación con la carrera administrativa, de acuerdo con los art. 11 y 12 de la Ley 909 de 2004. Una lectura de tales preceptos permite inferir, tal y como lo anticipó la CNSC, que, una vez conformada la lista de elegibles, debe remitirlas a los respectivos nominadores para que provean los empleos de carrera en las plazas vacantes definitivamente. Por consiguiente, tal entidad no está comprometida con el proceso de provisión de cargos de docente, lo que provoca como efecto que no esté involucrada con los hechos. Tampoco lo está en el cumplimiento de una eventual orden judicial, se repite, pues a su cargo no se encuentra el nombramiento, reubicación, o reintegro de los docentes. Eso le corresponde a la entidad territorial (Ley 715 de 2001, art. 6º numeral 6.2.3, en concordancia con el art. 153 de la Ley 115 del 8 de febrero de 1994).

Por las mismas razones, este despacho considera que tampoco lo está el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

Por lo anterior, se desvinculará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, y al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

Sobre el cumplimiento del presupuesto de inmediatez:

Para este despacho la tutela se impulsó en un tiempo razonable: según la demanda y los documentos aportados, el acto administrativo que dio por terminado el nombramiento de la demandante data del 8 de junio de 2021, y fue puesto en su conocimiento, por medio de comunicado del 21 de junio de 2021 expedido por la pasiva. Como la demanda fue recibida el pasado 8 de julio del año que avanza (menos de un mes), eso supone una reacción oportuna por parte del aspirante del amparo.

Finalmente, en lo que concierne al requisito de subsidiariedad

Se ha hecho saber que la demandante considera vulnerados sus derechos fundamentales, ya que la accionada dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, pasando por alto que tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada, debido a su condición de mujer cabeza de familia. Pretende, en consecuencia, que la accionada la reubique, y que le pague los salarios, y demás prestaciones económicas que no recibió a partir de su desvinculación y hasta su reubicación.

Para la jurisprudencia, *“por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual desplaza a la acción de tutela.*

También, es improcedente cuando se trata de concursos de méritos: en sentencia T-160 de 2018, la Corte Constitucional dijo que “(e)n la medida en que las actuaciones que se cuestionan se plasman en actos administrativos, tanto de carácter general como de contenido particular, es preciso señalar que –en principio– no cabe la acción de tutela para controvertirlos, ya que para tales efectos existen los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo son la pretensión de nulidad simple o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que pueden ser acompañadas de la solicitud de suspensión provisional. En efecto, la Ley 1437 de 2011^[38] dispone en el artículo 138 que “[t]oda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se restablezca el derecho (...). Igualmente, podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo (...)”. Adicional a lo expuesto, el artículo 137 de la misma ley establece que: “[t]oda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general (...)”. Finalmente, el literal b), del numeral 4, del artículo 231 del Código en cita, consagra la procedencia de la suspensión provisional cuando “existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”

No obstante, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, **cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados**⁶ (Se resalta).

La línea jurisprudencial citada, actualmente conserva vigencia, pues en un caso donde se cuestionaba también por el nombramiento de una persona que superó el concurso de méritos, en el cargo que tenía otra que lo ocupada en provisionalidad, la Corte Constitucional continuó con esa tesis. Me refiero a la sentencia T-464 de 2019, en donde dicha corporación aceptó, “como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues **existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz dentro del ordenamiento jurídico, que se encuentra prevista en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separar a las personas de sus cargos. Sin embargo, la Corte ha manifestado que “excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante”**. (Se resalta).

Y, ¿qué se entiende por perjuicio irremediable? Bueno, la Corte Constitucional en diferentes espacios judiciales en los que se ha debatido distintos temas que han provocado la formulación de acciones de tutela, por ejemplo, en la sentencia T-451 de 2010, al respecto ha dicho lo siguiente:

“De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas

⁶ Sentencia T-373 de 2017, y entre otras, la T-016 de 2008.

impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”

Y sobre su prueba, la misma corporación ha sostenido: “*el accionante deberá acreditar: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo”*

Como se advierte, cuando se habla de perjuicio irremediable, ha de entenderse que la consecuencia que se deriva del daño [perjuicio], ya sea moral o material, o su probable e inminente ocurrencia, debe ser irreparable, irremediable, o sea, que no se pueda luego solucionar, remediar, mitigar, en fin. Tal perjuicio, precisamente no es una consecuencia cualquiera, sino que debe ser: (i) grave, es decir, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, en donde se conjugan criterios como la edad de la persona (sujeto de protección especial), el estado de salud de la misma, o las condiciones económicas del amparable; (ii) inminente, esto es, próximo a suceder; (iii) urgente, lo que significa que sea necesaria e impostergable la intervención del juez.

En el presente caso, considera este funcionario que el medio de control judicial previsto en el art. 138 del CPACA sigue siendo idóneo y eficaz, y que no hay un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como medio transitorio. Lo explico:

No hay elementos de convicción claros y contundentes que acrediten la vulneración del derecho a la vida digna, igualdad, trabajo, salud, seguridad social, familia, o algún otro, por la terminación de la relación laboral que existía entre el actor y la entidad accionada, por cuenta del nombramiento en periodo de prueba de persona que conforma la lista de elegibles.

Recuérdese, que según el precedente judicial⁷, “*la Corte ha reiterado que la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso “no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”⁸; a no ser que “dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse **sujetos de especial protección***

⁷ Sentencia SU-446 de 2011, Sentencia T-373 de 2017, Sentencia T-096 de 2018, y T-464 de 2019.

⁸ Sentencia SU-446 de 2011.

constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad. En estos casos, la Corte ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando⁹. (Negrilla fuera del texto).

Para este fallador, el actor no puede ser catalogado como persona de protección especial. Le asiste razón a la demandada cuando argumenta que la accionante no cumple con los criterios jurisprudenciales para tener la condición de mujer cabeza de hogar, y por supuesto, acceder a tener una protección laboral reforzada o robusta.

Cierto, la Corte Constitucional, al unificar jurisprudencia en sentencias SU-388 de 2005, y SU-691 de 2017, trató el tema de la protección de las madres cabeza de familia, a quienes atribuyó una estabilidad laboral reforzada. De igual manera, sobre el alcance de dicha garantía, sobre todo cuando se presenta una tensión entre el derecho del provisional y el derecho al mérito de las personas que superaron el concurso.

El colegiado, luego de analizar la constitución y la ley, en primer lugar, estableció los requisitos que se deben cumplir para tener la condición de madre cabeza de familia, y de rebote, una estabilidad laboral reforzada:

“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”¹⁰.

“Adicionalmente, la Corte ha dispuesto que para acreditar la condición de madre cabeza de familia: (i) es indispensable el total abandono del hogar por parte de la pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre[256]; (ii) el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia[257]. Ahora bien, (iii) la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, no es una prueba necesaria para acreditar la condición de cabeza de familia, pues dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto”¹¹

En el caso que se analiza, el abogado de la demandante, en su intervención, argumenta que su cliente tiene a su cargo su padre, el señor ALFONSO CAPERA

⁹ Sentencia T-373 de 2017.

¹⁰ Sentencia SU-388 de 2005.

¹¹ Sentencia SU-691 de 2017.

TIQUE, quien es una persona de 89 años, que padece enfermedades de base, y depende únicamente de la demandante [hecho quinto]. Como pruebas aportó copia de cedula de ciudadanía de ambos, historia clínica del señor CAPERA, y dos (2) declaraciones rendidas ante notaría, mediante la cual las declarantes indican que el señor CAPERA TIQUE es el padre de la señora LIBIA RUTH CAPERA, y depende de esta última.

El primer requisito que se debía demostrar, como se adelantó, es *que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar*. Al respecto, para el despacho está probado que el señor ALFONSO CAPERA es un adulto mayor de 89 años, pues así lo revela la copia de su cedula de ciudadanía. De igual manera, es claro que padece de Hipertensión, pues así se documenta en la historia clínica. Lo que no está demostrado, es que dependa económicamente de la demandante, y que se encuentre a su cargo de manera permanente.

En efecto, si bien se aportaron declaraciones rendidas ante notario por las señoras ANDREA TAFUR AGUILAR y OLGA BEATRIZ SUAREZ TORRES, quienes relatan que el señor CAPERA depende *“permanentemente (sic) y económicamente”* de la accionante, lo cierto es que, tal y como lo manifiesta la accionada, según consulta web en la base de datos publica del ADRES¹², el señor ALFONSO CAPERA TIQUE se encuentra afiliado a NUEVA EPS como **cotizante**, en el régimen **contributivo** de salud, activo desde el 01/agosto/2008, lo que permite inferir que cuenta con capacidad económica para su subsistencia, por lo menos de un salario mínimo legal vigente.

**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL
DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud

Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNAS	VALORES
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NUMERO DE IDENTIFICACIÓN	2266367
NOMBRES	ALFONSO
APELLIDOS	CAPERA TIQUE
FECHA DE NACIMIENTO	01/08/1928
DEPARTAMENTO	CAQUETA
MUNICIPIO	FLORENCIA

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACION EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACION DE AFILIACION	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	NUEVA EPS S.A.	CONTRIBUTIVO	01/08/2008	31/12/2999	COTIZANTE

De igual manera, el resultado de la consulta realizada por este despacho pone en entredicho las declaraciones extrajuicio aportadas, de modo que, son insuficientes para dar por cumplido el requisito analizado. En análogo sentido, cabe mencionar que el abogado, en su intervención, no informó que el señor ALFONSO CAPERA no tuviera más hijos, o parientes que estuvieran obligados a contribuir con la satisfacción de sus necesidades básicas. De hecho, ni siquiera se aportó copia del registro civil que acreditara el parentesco que se afirma tiene el señor CAPERA con la demandante. Fuera de eso, teniendo la oportunidad de probar que el señor ALFONSO CAPERA hace parte de su grupo familiar, al final, no lo hizo, de suyo, omisiones que, junto con lo ya argumentado, permiten concluir que no se reúnen los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para ser considerada cabeza de hogar.

En adición, no observa el despacho que la demandante se encuentre en alguna otra situación que permita flexibilizar el examen de este requisito; al fin de cuentas, no se trata de un adulto mayor, pues tiene actualmente 51 años, de acuerdo con copia

¹² <https://www.adres.gov.co/BDUA/Consulta-Afiliados-BDUA>

de su cedula de ciudadanía. Tampoco, que esté próxima a personarse, o que se encuentre en situación de discapacidad (disminución en sus facultades físicas, mentales y sensoriales) o de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad grave. Por eso, el medio de control jurisdiccional arriba identificado sigue siendo apto y eficaz para este caso, lo que deviene declarar improcedente este recurso constitucional.

Y termino con esto: la tutela tampoco procede como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues no hay una evidente vulneración de derechos fundamentales, y menos aún, por supuesto, que se encuentre en peligro el bien jurídico objeto de amparo, por una acción u omisión que amenaza con causar un mal irreparable que requiere medidas urgentes e impostergables. En primer lugar, porqué la terminación del nombramiento de la demandante obedeció a criterios objetivos, ¿Cuál? Proveer el cargo que ocupaba ella en provisionalidad por una persona que superó el concurso de méritos y que se ubicó en una posición meritoria y privilegiada para ser nombrada en periodo de prueba. Además, la terminación del nombramiento provisional se hizo a través de un acto administrativo debidamente motivado.

En segundo lugar, la demandante no tiene la calidad de mujer cabeza de familia, por lo ya analizado, de modo que, su estabilidad intermedia cede frente al mejor derecho de la persona que participó y superó cada una de las etapas del concurso público.

Y, para terminar, como el bien jurídico que, según la demandante se encuentra en riesgo, es su derecho al mínimo vital, cabe mencionar, de acuerdo con lo probado en el proceso, que la señora CAPERA YATE se viene desempeñando como docente en el área de artes plásticas. Por lo menos, en la parte publica desde el año 2005, es decir, tiene dieciséis (16) años de experiencia. Ejerce, entonces, una profesión liberal que le abre las puertas para contar con otros modelos de vinculación diferentes a la parte pública. Además, no tiene ninguna limitación física, sensorial o mental que le limite ejercer su profesión, pues nada se dijo y demostró sobre el particular. Fuera de eso, una vez desvinculada, por lo menos, tiene la posibilidad de acceder a sus cesantías definitivas, lo que paliara sus requerimientos de subsistencia, mientras que puede obtener una nueva vinculación que le genere ingresos.

En definitiva, la acción de tutela es improcedente, y por lo mismo este despacho no se encuentra habilitado para resolver de fondo la pretensión de amparo, de manera que se libera de adelantar el estudio del siguiente problema jurídico.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE FLORENCIA, CAQUETÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

VIII- RESUELVE:

PRIMERO: **DECLARAR IMPROCEDENTE** la tutela impulsada por **LIBIA RUTH CAPERA YATE**, contra el **DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**, de acuerdo con lo expuesto.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** a los interesados en los términos del artículo 30 de Decreto 2591 de 1991, advirtiéndoles que esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su enteramiento.

TERCERO: DESVINCULAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, y al **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, por lo expuesto.

CUARTO: **ORDENAR** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** que publique este fallo en la página o sitio web de la convocatoria, o en su defecto, en su página web principal (home), a efectos de que los participantes en el Proceso de Selección No. 606 de 2018 conozcan el contenido de este fallo.

QUINTO: En caso de no ser impugnado el presente fallo, **REMÍTASE** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez

EDWAR FERNANDO SAAVEDRA GUZMÁN

Firmado Por:

EDWAR FERNANDO SAAVEDRA GUZMAN

JUEZ

JUZGADO 005 MUNICIPAL CIVIL DE LA CIUDAD DE FLORENCIA-CAQUETA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

8f876be6cd4e10c560ad4973d72308d34534411848d34aec69cba8ed7e666b8a

Documento generado en 22/07/2021 09:39:07 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>