



**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 : MAURICIO ÁLVAREZ JIMÉNEZ
Accionado : DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN.
Vinculados : COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, HELENA PATRICIA PALOMINO GONZÁLEZ Y PARTICIPANTES DEL CONCURSO – PROCESO DE SELECCIÓN N° 606/2018.
Radicación : 18001.40.03.005-2021-01179-00

Se resuelve la tutela impulsada por el señor **MAURICIO ÁLVAREZ JIMÉNEZ** a través de apoderado, contra el **DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN [accionada]**, el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, la señora **HELENA PATRICIA PALOMINO GONZÁLEZ** 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 nombrado en provisionalidad como DOCENTE de la Planta Global de Cargos en la C.E. PALMARITO sede LA ESTRELLA del Municipio de Morelia, de acuerdo con Decreto No. 000515 del 12 de mayo de 2017. Posteriormente, según Decreto 001199 del 08 de junio de 2021, la accionada dispuso su desvinculación, pues se dio por terminado su nombramiento.

El demandante, narra el abogado, es persona cabeza de hogar pues tiene a su cargo su progenitor ARTURO DE JESÚS ÁLVAREZ SALDARRIAGA, siendo la única persona que vela por su bienestar.

Según el apoderado, la desvinculación laboral de su patrocinado *“afecta gravemente el proceso de rehabilitación de derechos cabeza de hogar, lo pone en condiciones de no garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar, afectando el núcleo esencial de sus derechos como persona.”*

II- EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

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

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; (iii) copia de declaraciones extraprocesales rendidas por los señores Juan Diego Osorio Perea, Sebastián Camilo Bravo Barrera y Yorlen Alexis Hernández Valderrama; (iv) copia de Registro Civil de Nacimiento del accionante; (v) *Copia del Decreto* No. 000515 del 12 de mayo de 2017; y (vi) copia del Decreto 001199 del 08 de junio de 2021 de la Gobernación del Caquetá por el cual se termina el nombramiento de docente en provisionalidad, y se realiza un nombramiento de docente en periodo de prueba.

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; y (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; (iii) reporte de consulta de la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, del señor ARTURO DE JESUS ALVAREZ SALDARRIAGA; y (iv) captura de pantalla del Sistema de Atención al Ciudadano SAC-Caquetá en el que figuran las peticiones elevadas por el demandante.

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 de octubre de 2020; (ii) copia de Acuerdo No. 0094 de 2020; (iii) copia de Acuerdo 20181000007806 del 7 de diciembre de 2018; (iv) Certificado de Inscripción Mauricio Álvarez Vélez al proceso de Selección no. 864 de 2018 - Municipios priorizados para el post conflicto (municipios de 5ª y 6ª categoría).

VI- INFORME DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y DE LOS VINCULADOS

Secretaría de Educación Municipal de Florencia [accionada]

Reconoce lo relacionado con el nombramiento del demandante en provisionalidad como DOCENTE de la Planta Global de Cargos en la C.E. PALMARITO sede LA ESTRELLA del Municipio de Morelia. También, su desvinculación.

No obstante lo anterior, precisa que el señor ÁLVAREZ JIMÉNEZ no acreditó tener la condición de cabeza de familia, y que en todo caso, el accionante no radicó petición alguna relacionada con la protección laboral reforzada en el desarrollo del concurso de méritos 606/2018.

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 el actor 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 no solicitó a la accionada el análisis de su caso. En todo caso, considera que no goza de la protección laboral reforzada, pue no cumple con los criterios que la jurisprudencia ha diseñado para el caso de jefes de hogar.

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-administrativa, y tampoco explicó por qué no activo ese canal judicial alternativo. No aportó, en ultimas, 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 parte actora no 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. 605 de 2018, el cual tenía el objetivo de proveer 1233 vacantes definitivas en el Departamento de Caquetá”

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

Comisión Nacional del Servicio Civil.

De la contestación realizada por la vinculada, se advierten argumentos que no son pertinentes, si en cuenta se tiene que muchos de los aspectos analizados por la Comisión son intrascendentes frente a lo que realmente agita la presente polémica. Por eso, el despacho extraerá algunos apartes que considera de alguna manera útiles.

Considera que la tutela no cumple con el requisito de legitimación en la causa por pasiva como quiera que las pretensiones del actor no son de su resorte, pues *“es responsabilidad de cada Entidad realizar el proceso de nombramiento en período de prueba, posesión y evaluación de dicho período, así como decidir las actuaciones propias de la gestión del talento humano vinculado a la Entidad.”*

Así mismo, estima que *“los empleados vinculados mediante un nombramiento provisional gozan de una estabilidad relativa o intermedia, y por lo tanto están sujetos a una posible desvinculación cuando como producto de un concurso de méritos una persona gane el derecho a proveer el empleo ofertado”,* de tal suerte que los procesos de selección que tienen como finalidad proveer empleos de carrera tiene fundamento en la ley y en la jurisprudencia constitucional.

Informa también, que *“[d]e acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 2.2.36.3.2, Capítulo 3 del Decreto 1083 de 2015, adicionado por el Decreto 1038 de 2018, ALCALDÍA DE MORELIA – CAQUETA consolidó y reportó la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC, en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad - SIMO2, compuesta por catorce (14) empleos, distribuidos en catorce (14) vacantes”,* y que con base en ello *“la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en sesión del 4 de diciembre de 2018 aprobó convocar a Concurso Abierto de Méritos para los Municipios Priorizados para el Post Conflicto de que trata el Decreto Ley 893 de 2017, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la ALCALDÍA DE MORELIA – CAQUETA.”*

Finamente, señala que *“independientemente de que existan personas vinculadas en provisionalidad con situaciones de especial vulnerabilidad, el ente nominador está en la **obligación** de nombrar y posesionar a quien en mérito obtuvo su derecho prevalente; de otra parte, **es pertinente señalar que las personas nombradas en provisionalidad, que hacen parte de la planta de personal de la entidad, pueden inscribirse en igualdad de condiciones con todos los ciudadanos para aspirar a un empleo en el marco de la Convocatoria Municipios Priorizados para el Posconflicto y tener así la posibilidad de ser nombrados meritocráticamente en un empleo de carrera administrativa.”***

Helena Patricia Palomino González:

Guardó silencio dentro del término concedido, pese a ser 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:

El accionante, por intermedio de su abogado, reclama el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, trabajo, salud, y seguridad social, aparentemente vulnerados por la accionada, al terminar su nombramiento en provisionalidad para nombrar al aspirante que superó el concurso de méritos, desconociendo su condición de cabeza de familia, y por consiguiente, de sujeto con estabilidad laboral reforzada.

La accionada, por su parte, solicita desestimar la tutela. Para tal efecto, sostiene que el accionado no acreditó la calidad que dice tener, y que en desarrollo del proceso de selección que terminó con su desvinculación, no comunicó nada a esa entidad sobre dicha condición. 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 12ConstanciaNotificacionVinculada.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 al señor MAURICIO ÁLVAREZ JIMÉNEZ sus derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, trabajo, salud, y seguridad social, al terminar su relación laboral para nombrar en carrera a quien superó el concurso de méritos, pese a que, según su decir, se encuentra amparado por la garantía constitucional la estabilidad laboral reforzada, por su condición de jefe 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:

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.

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.

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

⁵ Sentencia T-1015-06

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. 5º), sino que, además, es la encargada 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 del demandante data del 08 de junio de 2021. Como la demanda fue recibida el pasado 08 de julio del año que avanza, 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 el 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 cabeza de familia. Pretende, en consecuencia, que la accionada lo reubique, y que le pague los salarios, y demás prestaciones económicas que no recibió a partir de su desvinculación y hasta que se materialice 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

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

manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas 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, 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 una vida digna, igualdad, trabajo, salud, y seguridad social, 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 la 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 que tenga el estatus de cabeza de familia.

Ciertamente, el señor MAURICIO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, por medio de su apoderado, señaló que a su exclusivo cargo se encuentra el sostenimiento de su progenitor, quien cuenta con 64 años de edad; para demostrar ese hecho, aporta copia de su registro civil de nacimiento y declaraciones extraproceso de tres ciudadanos, rendidas ante la Notaría Primera del Círculo de esta ciudad. Su contraparte, señala que las pruebas aportadas no resultan ser suficientes para demostrar la condición que se pretende enrostrar el actor, como quiera que no se encuentra acreditado que el señor ARTURO DE JESUS ALVAREZ SALDARRIAGA se encuentra exclusivamente a cargo del accionante, que se halla imposibilitado para trabajar, o que no cuenta con otros familiares que puedan solventar sus necesidades.

Sobre el particular la Corte Constitucional tiene dicho que *“la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental”*.¹⁰

Pues bien, para este despacho los consabidos presupuestos no se cumplen, porque, aunque se encuentra acreditado que el accionante es hijo del señor ARTURO DE JESUS ALVAREZ SALDARRIAGA, no se encuentra demostrado el hecho de que esta persona no puede trabajar, o valerse por sí mismo, así como tampoco, que sus demás familiares o quienes por ley se encuentran obligados a suministrar alimentos, en el caso de que necesiten de dicho auxilio, y no obstante ello se sustraen al cumplimiento de las obligaciones que se derivan de dicha relación filial. Las declaraciones extraproceso arrimadas, a juicio del juzgado, carecen de la pertinencia necesaria para acreditar la condición física y de salud del progenitor del accionante según la cual le impide valerse por sí mismo. Dicha situación debe ser acreditada a través de la respectiva historia clínica o por medio de la certificación que sobre el particular debe emitir el respectivo profesional de la salud o la entidad encargada de ello.

No debe perderse de vista que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la calidad de madre o padre cabeza de familia **“no depende de una formalidad jurídica sino de las circunstancias materiales que la configuran (...) por ejemplo, este Tribunal ha determinado que la declaración ante notario acerca de la condición de mujer cabeza de familia, prevista en el parágrafo del artículo 2° de la**

⁹ Sentencia T-373 de 2017.

¹⁰ Sentencia T-003 de 2018.

Ley 82 de 1993^[92], no es constitutiva de dicha calidad ni es una exigencia probatoria indispensable para acreditarla”¹¹.

Aunado a lo anterior, un aspecto que llama fuertemente la atención de este servidor, es el hecho de que, según el reporte de la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, aportado por la demandada, el señor ARTURO DE JESUS ALVAREZ SALDARRIAGA se encuentra afiliado como padre cabeza de familia en el régimen subsidiado, y no resulta ser beneficiario del actor en su calidad de afiliado al régimen de excepción del Magisterio siendo que no señaló tener a su cargo otras personas, como hijos, cónyuge o compañera permanente. De tal suerte que es un hecho que pesa en contra del accionante, si quería acreditar que a su cargo se encuentra su progenitor.

Además, tampoco se encuentra cumplido otro de los requisitos que ha establecido como necesario la jurisprudencia constitucional para que el trabajador pueda considerarse favorecido por la estabilidad laboral reforzada, y que consiste en informar oportunamente a su empleador esta condición, *“so pena de perder su derecho a recibir la protección especial derivada de su condición, en razón de su falta de diligencia”*¹².

Y es que de las pruebas que reposan en el infolio no se puede determinar que el señor ÁLVAREZ JIMÉNEZ informó a su empleador alguna situación relacionada con su condición de sujeto con estabilidad laboral reforzada, de tal suerte que resultaba imposible para el ente territorial tomar de manera oportuna las medidas pertinentes que permitieran proteger al accionante en la calidad que alega hoy en día frente a la provisión de cargos que a través de concurso de méritos adelantó la Comisión Nacional del Servicio Civil si había lugar a ello, pues *“la constatación de los requisitos para acreditar la calidad de madre o padre cabeza de familia **deberá adelantarse en el marco de un procedimiento administrativo con respeto al derecho al debido proceso**, “en el cual la autoridad respectiva valore todas las pruebas que se someten a su consideración y que le permitan decidir con certeza que las trabajadoras [o trabajadores] no cumplen con las condiciones para ser considerados madres o padres cabeza de familia”*^[97]”¹³

En adición, no observa el despacho que el 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 28 años, según copia de su cedula de ciudadanía. Tampoco se trata de persona que esté próxima a pensionarse, o ya 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 es apto y eficaz para este caso, lo que deviene improcedente la acción de tutela.

Y termino con esto: tampoco procede como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable, como quiera que, en primer lugar, no es pacífica la posible vulneración de derechos fundamentales al actor, partiendo de la tesis sobre la que se construyó tal conclusión.

En efecto, auscultado el material probatorio allegado con el escrito de tutela, se advierte por parte del despacho que el accionante no allegó prueba alguna que permita considerar la urgencia de la acción de tutela para proteger alguno de los derechos invocados por el actor de un daño inminente de carácter irremediable; de

¹¹ Sentencia T-084 de 2018.

¹² Ver entre otras, Sentencia T-084 de 2018 y T-662 de 2010 de la Corte Constitucional.

¹³ Sentencia T-084 de 2018.

hecho, no se acreditó, ni siquiera de manera sumaria, que el accionante se encuentra en situación de riesgo o menoscabo respecto a los derechos citados, que hagan menester la transitoriedad de esta acción mientras se decide lo propio a través del mecanismo idóneo para la protección de sus derechos.

Si no hay un daño, en este caso, una vulneración de derechos, pues no puede hablarse de un perjuicio, y mucho menos de que sea irremediable, se repite, en este caso. No se olvide, que el perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima.

Una cosa más: el demandante, de acuerdo con lo probado en el proceso, se viene desempeñando como docente, por lo menos, en la parte pública, desde el año 2017, es decir, tiene aproximadamente cuatro (4) 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. Entonces, como los cargos provisionales, por su naturaleza, se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción, es decir, mientras que el cargo se provee por concurso de méritos, su estabilidad es relativa y debe ceder frente al derecho que tiene la persona que participó y superó cada una de las etapas del concurso de méritos, lo cual no implica la generación de algún tipo de daño como quiera que *“la terminación del vínculo laboral de un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera porque la plaza respectiva debe ser provista con la persona que superó todas las etapas de un concurso de méritos, no desconoce sus derechos fundamentales, pues la estabilidad relativa o intermedia que se le ha reconocido a esta categoría de servidores, cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participaron en un concurso público e integraron la lista de elegibles”*¹⁴.

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 **MAURICIO ÁLVAREZ JIMÉNEZ**, 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

¹⁴ Sentencia T-096/18.

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:

317822e1c372d48bb6fb56874c985165a50513ede659ae4e7ed6dbaf13c0e974

Documento generado en 22/07/2021 09:39:04 AM

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