



SENTENCIA TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

Florencia, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : DIOSELINA SÁNCHEZ CALDERON apoderado
YEISON MAURICIO COY ARENAS.
ACCIONADO : DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ – SECRETARIA
DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.
VINCULADA : COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL,
MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, ROLLY
LINED BARRAGAN CASTRO y PARTICIPANTES
DEL CONCURSO – PROCESO DE SELECCIÓN NO.
606/2018
RADICACIÓN : 1800140030052021-001510-00

Se resuelve la tutela impulsada por la señora **DIOSELINA SÁNCHEZ CALDERON**, a través de apoderado, contra el **DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ – SECRETARIA DE EDUCACIÓN** (accionada), el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, la señora **ROLLY LINED BARRAGAN CASTRO** y los demás **PARTICIPANTES DEL CONCURSO DE MÉRITOS – PROCESO DE SELECCIÓN No. 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 C.E. LA SOMBRA del municipio de San Vicente del Caguán, de acuerdo con Decreto No. 000407 del 16 de febrero de 2004. Posteriormente, según Decreto 000953 del 08 de junio de 2021, la accionada dispuso su desvinculación, pues se dio por terminado su nombramiento.

La demandante, narra el abogado, es hija y madre cabeza de hogar pues tiene a su cargo a sus hijas y madre **KARLA YULIETH MUÑOZ SÁNCHEZ, LAURA SOFÍA MUÑOZ SÁNCHEZ, CHIQUINQUIRA CALDERÓN DE BALLESTEROS**, 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 como madre cabeza de hogar, la pone en condiciones de no garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar, afectando el núcleo esencial de sus derechos como persona y como mujer.”*

II. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

El abogado pide que se reconozca a su cliente el fuero laboral especial dada su condición de madre cabeza de hogar, 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. INFORME DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADA

- Respuesta de la accionada DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL

Reconoce lo relacionado con el nombramiento de la demandante en provisionalidad, como docente en la planta de personal de la Secretaria de Educación del Caquetá en el año 2004; así como también, su desvinculación mediante acto administrativo contenido en el Decreto 000953 del 08 de junio de 2021, dada la necesidad de nombrar en el cargo al elegible que participó del concurso de méritos del posconflicto – convocatoria No. 606 de 2018.

Por lo demás, respecto del caso del accionante y las pretensiones elevadas, indica:

Que el número de plazas vacantes (1.317) es menor al número de elegibles (2.819).

Que pese a ser mayoritaria la lista de elegibles con relación al número de vacantes, el Departamento del Caquetá en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales de propiciar actos preferenciales como medidas afirmativas a favor de sujetos de especial protección, expidió el Decreto 000751 del 26 de mayo de 2021, por medio del cual se dispuso el traslado y/o reubicación de docentes o directivos docentes que acrediten alguna condición de las establecidas en el parágrafo segundo del Decreto 1083 de 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.

Que de conformidad con el Decreto mencionado, la entidad territorial, estudió las solicitudes de protección laboral radicadas por los docentes en el Sistema de Atención al Ciudadano (SAC) de la Secretaria de Educación Departamental, encontrando 366 solicitudes, dentro de las cuales no se evidenció solicitud de protección laboral suscrita por la accionante, en la que manifieste ser madre cabeza de familia, razón por la cual no fue estudiada por el Comité Técnico. Incida la accionada que, de esta manera se adoptaron medidas en favor de los docentes que se encontraban en alguna de las situaciones del llamado reten social y se garantizó el debido proceso administrativo.

Indica que, la accionante no cumple para ser objeto de protección laboral reforzada, al no configurarse las condiciones para ser considerada como madre cabeza de familia, teniendo en cuenta que solo sustenta su solicitud en declaraciones bajo juramento rendida ante notario.

También indica la accionada que, se procedió a verificar el Sistema de Consulta de la Base de Datos Única de Afiliados BDUA del Sistema General de Seguridad Social en Salud, encontrándose que la señora CHIQUINQUIRÁ CALDERÓN DE BALLESTEROS, madre de la accionante, se encuentra afiliada desde el 01/12/2015 como CABEZA DE FAMILIA régimen SUBSIDIADO en ASMET SALUD EPS SAS lo cual desvirtúa la responsabilidad solitaria que dice tener la accionante para el cuidado y sostenimiento de su señora madre, por cuanto al no reportar, lo lógico sería que la hubiese afiliado en su EPS valga decir FAMAC desde el momento de la vinculación hasta el día de su retiro con la entidad.

Finalmente, solicita declarar improcedente la tutela, ya que la demandante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para reclamar lo aquí pretendido. De igual manera llama la atención de que no se acreditó que hizo uso de

la acción contencioso – administrativo, y tampoco explico porque no activo ese canal judicial. 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.

- **Respuesta de la vinculada COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)**

Manifiesta la falta de legitimación en la causa por pasiva de esta entidad, pues la Comisión no profirió los actos administrativos sobre los cuales se afirma una presunta vulneración de derechos, en razón a que estas decisiones son del resorte exclusivo de la SED del Caquetá, se evidencia una falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que no existe una conexión fáctica – jurídica entre el objeto de amparo de tutela con la accionada CNSC.

Como tema relevante, indica que, la accionante no participó en el proceso de selección No. 601 a 623 de 2018, pues consultados sus datos en el Sistema de Igualdad, Mérito y Oportunidad – SIMO, la accionante no se encuentra registrada en el mismo, en consecuencia, no hace parte de ninguna de las listas de elegibles expedidas para proveer los empleos y que a la fecha se encuentran en firme.

Así mismo manifiesta la vinculada que, con relación al retiro de los docentes provisionales, debe hacerse conforme a las causales y el procedimiento definido en el artículo 2.4.6.3.12 del Decreto Único Reglamentario 1075 de 2015, modificado por el artículo 11 del Decreto Reglamentario 2105 de 2017, el cual es aplicable al caso concreto por expresa remisión normativa consagrada en el artículo 5 del Decreto Ley 882 de 2017; siendo entonces procedente, la terminación de dichos nombramiento provisionales en virtud de un nombramiento en periodo de prueba, de acuerdo con el orden del mérito del listado territorial de elegibles vigente para el cargo y para la respectiva entidad territorial certificada en educación. Destaca que, la competencia para efectuar estos retiros radica de manera exclusiva en la autoridad nominadora, es decir, para el caso sub examine, en el Gobernador del Caquetá o en el Secretaria de Educación, si dicha función fue delegada.

Con relación a los empleos provisionales indica que, estos deberán ceder la plaza a quien ocupe lugar meritorio en el concurso de méritos que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad, ya que su situación no lo exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones.

Finalmente, como petición, solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la parte accionante, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y/o ordenar la desvinculación de la CNSC, en el presente trámite tutelar, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Los vinculados, señora ROLLY LINED BARRAGAN CASTRO y el Ministerio de Educación Nacional, durante el trámite tutelar, guardaron silencio.

VI. RELACIÓN DE PRUEBAS

- **Documentales.**

Allegadas por la actora:

- poder conferido a los abogados CESAR ORLANDO VARÓN URBANO y YEISON MAURICIO COY ARENAS.
- Copia de la cedula de ciudadanía de la accionante.
- Copia de declaraciones extraprocesales rendidas por la accionante y los

señores Raúl de Jesús López Sánchez y Nubia Falla.

- Copia cédula de ciudadanía de Chiquinquirá Calderón de Ballesteros.
- Copia del Decreto No. 000953 del 8 de junio de 2021, de la Gobernación del Caquetá, por medio del cual se terminan dos nombramientos provisionales docentes para realizar un nombramiento docente en periodo de prueba en desarrollo de la convocatoria 606 de 2018 de la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- Copia del oficio No. CAQ2021EE020590 del 13 de junio de 2021.
- Copia del Decreto No. 000407 del 16 de febrero de 2004, por medio del cual se efectúa un nombramiento provisional.
- Copia de Registro Civil de Nacimiento de KARLA YULIETH MUÑOZ SÁNCHEZ.
- Copia de Registro Civil de Nacimiento de LAURA SOFIA MUÑOZ SÁNCHEZ

Allegadas por la accionada:

- Copia del Decreto 0000751 del 26 de mayo de 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.
- Copia Acta No. 1 reunión de comité técnico – Decreto 000751 del 26 de mayo de 2021.
- Copiade Decreto N° 000631 del 28 de septiembre de 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.
- 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.

Los vinculados señora Rolly Lined Barragán Castro, Comisión Nacional del Servicio Civil y Ministerio de Educación Nacional no aportaron ningún elemento probatorio.

VII. CONSIDERACIONES

1. De la competencia del despacho.

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Florencia – Caquetá decide el asunto bajo estudio, en ejercicio de la competencia atribuida por el artículo 86 de la Constitución Política y el inciso 1º del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el numeral 1º del artículo 1 del Decreto 1983 del 2017.

2. 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.

3. Procedencia de este trámite excepcional.

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 se utilice como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Lo anterior resulta 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”*¹.

4. Problema Jurídico.

- ¿Se encuentran satisfechos los requisitos de procedencia de la acción de tutela y, por lo tanto, habilitado este despacho para resolver de fondo el asunto?;

En caso de ser así, debe ocuparse el suscrito juez de responder lo siguiente:

- ¿La SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ vulneró a la señora DIOSELINA SÁNCHEZ CALDERÓN sus derechos fundamentales al debido proceso, 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 de estabilidad laboral reforzada, por su condición de madre cabeza de familia?

5. Solución a los problemas jurídicos formulados.

5.1. Respuesta a la primera pregunta:

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.

¹ Sentencia T-007 de 2008.

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).

Este criterio ha sido desarrollado por la Guardiana de la Carta Política del 91, explicando que pueden darse las siguientes cuatro hipótesis²:

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 este último 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

²Concepto 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.

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 la presunta afectada actúa a través de apoderado³, de acuerdo con poder allegado con la demanda, bien parece que se encuentra legitimada 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”*⁴.

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 de administrar las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos (Ley 715 de 2001, art. 6° 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, 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. 6° 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 08 de junio de 2021. Como la demanda fue recibida el pasado 03 de noviembre del año que avanza, eso supone una reacción oportuna por parte de la aspirante del amparo.

³ Según consulta de antecedentes disciplinarios, el abogado no registra sanciones.

⁴ Sentencia T-1015-06

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 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 vulnerados⁵ (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*

⁵ Sentencia T-373 de 2017, y entre otras, la T-016 de 2008.

*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 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 la igualdad, al mínimo vital, a la seguridad social, o algún otro, por la terminación de la relación laboral que existía entre la demandante 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 judicial⁶, *“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”⁷; a no ser que “dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección 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 ocupando⁸. (Negrilla fuera del texto).*

Ciertamente, la señora BLANCA NIEVE REYES PALACIO, por medio de su apoderado, señaló que a su exclusivo cargo se encuentra el sostenimiento de dos hijas y su señora madre, y para demostrar ese hecho, aporta copia de los registros civiles de nacimiento de sus hijos y declaraciones extraproceso de dos ciudadanos, rendidas ante la Notaría Única del Circulo de San Vicente del Caguán.

Ahora bien, 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”⁹.*

Pues bien, para este despacho los consabidos presupuestos no se cumplen, porque, aunque se encuentra demostrado que la accionante es madre de dos hijas menores de edad, no se acreditó que el padre de las menores se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones para con ella. Es cierto que en los testimonios extraproceso arrimados se menciona por cada uno de los declarantes que la accionante se encuentra a cargo de sus hijas y su señora madre *“quienes dependen económicamente de sus ingresos laborales, para su alimentación, vestuario, educación y que no tiene ningún miembro del hogar que le sustente o apoye económicamente para el bienestar y calidad de vida de su núcleo familiar”*, sin embargo, para este despacho, dichos elementos no pueden ser tenidos como prueba suficiente, pues no se acredita la falta del cumplimiento de las responsabilidades por parte del progenitor para con sus hijas, dado que ante dicha falta, la demandante ha tenido a su disposición diferentes acciones legales para lograr el cumplimiento de dichas obligaciones, aun de manera coercitiva, sin embargo, resulta imposible establecer que la accionante ha ejercido alguna acción para tal fin, y que aun así, el padre ha sido renuente a su cumplimiento.

Ahora bien, con relación a que la accionante tiene a su cargo y responsabilidad a

⁶ Sentencia SU-446 de 2011, Sentencia T-373 de 2017, Sentencia T-096 de 2018, y T-464 de 2019

⁷ Sentencia SU-446 de 2011

⁸ Sentencia T-373 de 2017.

⁹ Sentencia T-003 de 2018.

su señora madre la señora CHIQUINQUIRÁ CALDERON DE BALLESTEROS, en primer lugar, no se encuentra acreditado el hecho de que la señora Calderón de Ballesteros no pueda valerse por sí misma, 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 del cumplimiento que se deriva de dicha relación filial. Aunado a ello, de acuerdo a consulta realizada en la base de datos pública que tiene el ADRES en su página web oficial¹⁰, se logra establecer que la señora Calderón de Ballesteros, se encuentra afiliada como cabeza de familia en la EPS Asmet Salud en el Régimen Subsidiado, con lo cual se puede dar crédito a lo dicho por la accionada, referente a que con ello se desvirtúa la responsabilidad solitaria que indica tener la accionante respecto de su señora madre.

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 párrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993¹⁰²¹, no es constitutiva de dicha calidad ni es una exigencia probatoria indispensable para acreditarla”¹¹.**

Aunado a lo anterior, no se encuentra cumplido otro requisito 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 presente trámite de tutela, se logra determinar que la accionante no 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 a la accionante en la calidad que alega hoy en día frente a la provisión de cargos a través de concurso de méritos, 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 los trabajadores no cumplen con las condiciones para ser considerados madres o padres cabeza de familia”¹³**

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, 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.

Ahora bien, tampoco procede como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable, como quiera que, en primer lugar, no es pacífica la posible vulneración

¹⁰ <https://adres.gov.co/BDUA/Consulta-Afiliados-BDUA>

¹¹ Sentencia T-003 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

de derechos fundamentales a la demandante, 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 la accionante no allegó prueba alguna que permita considerar la urgencia de la acción de tutela para proteger alguno de los derechos invocados por la actora de un daño inminente de carácter irremediable; de hecho, no se acreditó, ni siquiera de manera sumaria, que la 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.

Finalmente, la demandante, de acuerdo con lo probado en el proceso, se viene desempeñando como docente, por lo menos, en la parte pública, desde el año 2004, es decir, tiene aproximadamente diecisiete (17) 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 y por Autoridad de la Constitución Política,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: **DECLARAR IMPROCEDENTE** la tutela impulsada por **DIOSELINA SÁNCHEZ CALDERON**, 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**

¹⁴ Sentencia T-096 de 2018.



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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

Ruben Dario Pacheco Merchan
Juez
Juzgado Municipal
Civil 005
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: **4729d0f53c695959a9d2edf867e87e76bc0e2b86876ddcac7566e68317387bc1**

Documento generado en 18/11/2021 04:02:19 PM

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

