

ACCIONANTE: JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO
ACCIONADO: SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ Y OTROS
DERECHO: VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y OTROS
RADICACIÓN: N° 2021-00143

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL
FLORENCIA – CAQUETA

Florencia Caquetá, noviembre dieciséis (16) de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO: ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE: JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO
ACCIONADO: SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ Y OTROS
DERECHO: VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y OTROS
RADICACIÓN: N° 2021-00143

ASUNTO

Entra el Despacho a dictar el fallo que en Derecho corresponde en la presente acción de Tutela, impetrada por el Dr. **YEISON MAURICIO COY ARENAS** como apoderado judicial de **JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO** en contra de la el **DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ**, la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ** y el vinculado de oficio **FAIVER OLAYA VARGAS**.

ANTECEDENTES

FUNDAMENTOS FACTICOS.

Expone el accionante en su escrito de tutela, lo siguiente:

“(…) 1. Mediante Decreto No. 000954 del 22 de agosto de 2013 emanado de la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, fue nombrado en provisionalidad JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO como DOCENTE de la Planta Global de Cargos en la Institución Educativa Rural CHONTILLOSA MEDIO del Municipio de Solita, Caquetá, tomando posesión del cargo y comenzando a laborar.

2. Mediante Acta de Registro No. 11EE2019711800100000157 del 14 de febrero de 2019 depositada ante el Ministerio del Trabajo, se dejó constancia que el señor JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO hace parte de la Junta Directiva de la Asociación de Trabajadores de la Educación del Caquetá, ocupando el puesto directivo de SECRETARIO DE ASUNTOS CULTURALES, RECREATIVOS Y DEPORTIVOS – Investido de Fuero Sindical.

3. No obstante, lo anterior, Mediante Oficio No. CAQ2021EE021687 del 19 de junio de 2021 la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá comunica a

ACCIONANTE: JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO
ACCIONADO: SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ Y OTROS
DERECHO: VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y OTROS
RADICACIÓN: N° 2021-00143

JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO el contenido del Decreto 001148 del 08 de junio de 2021 mediante el cual se da por terminado el nombramiento provisional, procediendo a su desvinculación.

4. El accionado NO adelantó proceso de Levantamiento de Fuero Sindical para proceder a su desvinculación a través de la Declaratoria de Insubsistencia, con lo que transgredió el derecho fundamental del Debido Proceso del accionante y por línea directa los derechos fundamentales a la Vida en Condiciones Dignas, Igualdad, Trabajo, Salud, Seguridad social.

5. El Señor JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO, se encuentra dentro de termino para adelantar la acción de reintegro, por lo de manera transitoria es procedente a la acción de tutela para la protección inmediata de sus derechos fundamentales. (...)"

LO PRETENDIDO POR LA PARTE ACCIONANTE.

Solicita la accionante a través de su apoderado judicial, lo siguiente:

"(...)1. Que se tutelen los derechos fundamentales de JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO al Debido Proceso, a la Vida en Condiciones Dignas, Igualdad, Trabajo, Salud, Seguridad social y todos los demás derechos que se muestren conculcados durante el trámite de la presente acción.

2. Se reconozca a JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO el correspondiente fuero sindical dada la condición de miembro de la junta directiva de la Asociación de Trabajadores de la Educación del Caquetá-AICA-, ocupando el puesto directivo de SECRETARIO DE ASUNTOS CULTURALES, RECREATIVOS Y DEPORTIVOS –.

3. Se ordene al Departamento del Caquetá – Secretaria Departamental de Educación del Caquetá que de manera provisional e inmediata proceda al REINTEGRO de JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO en un cargo de igual o mejor rango al que venía desempeñando.

4. Se ordene al Departamento del Caquetá – Secretaria Departamental de Educación del Caquetá pagar a JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO los salarios, prestaciones sociales y aportes a Seguridad Social desde el momento de su desvinculación y hasta que el reintegro se materialice. (...)"

ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue sometida a reparto y le correspondió a este despacho quien a su vez avoco conocimiento mediante Auto Interlocutorio No. 209 del 04 de noviembre de 2021, en ese orden se admitió, se reconoció personería adjetiva al Abogado YEISON MAURICIO COY ARENAS y se corrió traslado a los accionados para que ejercieran su derecho de contradicción y defensa. Posteriormente, mediante oficio No. 1819 del 08 de noviembre de 2021, se le corrió traslado del escrito al señor FAIVER OLAYA VARGAS para que se pronunciara acerca de los hechos de la acción impetrada.

La **GOBERNACIÓN DEL CAQUETÁ** en su respuesta resalta lo siguiente:

“(...)EN CUANTO A LOS HECHO DE LA TUTELA

AL HECHO PRIMERO: Es cierto, conforme a los documentos soporte de la presente acción constitucional.

AL HECHO SEGUNDO: No me consta, que el señor JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO, tenga la calidad de funcionario amparado con fuero sindical, ha de probarse conforme a los documentos soportes de la presente acción constitucional. Se anota, que por el mero hecho de pertenecer a la junta directiva de una organización sindical no se está amparado por el fuero sindical, teniendo en cuenta que solo están amparados los primeros cinco principales y cinco suplentes de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato.

De otro lado, conforme al parágrafo 2 del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 12 de la ley 584 de 2000, la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador.”

AL HECHO TERCERO: Es cierto, la entidad territorial le terminó el nombramiento provisional como docente al señor JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO, sin embargo, dicha actuación obedeció a la necesidad de nombrar en periodo de prueba al elegible que participó y superó las etapas del concurso de méritos del posconflicto – convocatoria No. 606 de 2018 y en audiencia pública escogió la plaza que ostentaba.

AL HECHO CUARTO: Si el accionante tuviese fuero sindical al momento de la terminación del nombramiento provisional, la entidad tenía la obligación de solicitar al juez laboral autorización para desvincularlo, porque en virtud a lo señalado en el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, NO se requiere autorización judicial para desvincular a servidores públicos amparados con la garantía del fuero sindical, cuando:

- a) No superen el período de prueba, b) Los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él y c) Los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

De igual manera, la Corte Constitucional en la sentencia C -1119 del 1 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Beltrán Sierra, señaló que el retiro de los empleados con nombramiento provisional que tienen fuero sindical no requiere autorización judicial, cuando se trate de proveer el cargo con quien superó el concurso de méritos, pudiendo ser retirado del servicio por parte de la administración mediante resolución motivada, considerando que la decisión no se produce por causas arbitrarias sino en cumplimiento de un proceso de selección.

Al HECHO QUINTO: La acción laboral de reintegro es el medio judicial idóneo y expedito al que debe acudir la accionante y no a la acción constitucional de tutela, como se explicara en los argumentos de defensa. (...)"

3). IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

La Corte Constitucional en Sentencia T-134/14, señaló:

"ACCION DE TUTELA-Improcedencia por inexistencia de vulneración de derechos fundamentales. El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, "cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares". Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión".

De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar un derecho constitucional fundamental; todos aquellos que pertenecen a la persona humana en razón a su dignidad, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹.

(...)

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado. La vacante definitiva ocupada con nombramiento provisional por el docente JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO, fue ofertada en el concurso especial de méritos para la provisión de educadores en zonas afectadas por el conflicto - proceso de selección No. 606 del 2018, y dada la obligación jurídico constitucional de nombrar en periodo de prueba al elegible que superó el concurso especial de méritos que en audiencia pública escogió la plaza ocupada por el solicitante, la entidad territorial mediante acto administrativo motivado terminó su nombramiento provisional como docente. Conforme al literal C del artículo 406 del C.S.T modificado por el artículo 12 de la ley 584 de 2000 y el numeral 1 del artículo 407 de la misma norma, solo gozaba de la garantía del fuero sindical, los miembros que estuvieran entre los primeros cinco principales y cinco suplentes de la junta directiva, los demás que de ahí en adelante se encuentren inscritos como miembros de la junta directiva y subdirectivas, no son aforados, por lo tanto, no tienen dicho amparo. La accionante en la presente acción constitucional no allega prueba para

ACCIONANTE: JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO
ACCIONADO: SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ Y OTROS
DERECHO: VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y OTROS
RADICACIÓN: N° 2021-00143

demostrar la calidad de funcionario con fuero sindical, conforme a lo señalado en el parágrafo 2 artículo 406 del Código Sustantivo del trabajo, sin embargo, aun cuando tuviera fuero sindical al momento de la terminación del nombramiento provisional, la entidad territorial conforme a lo señalado en el artículo 24 del Decreto ley 760 de 2005 y la Sentencia C -1119 del 1 de noviembre de 2005, no estaba en el deber de solicitar autorización judicial para retirarlo del servicio, considerando que la decisión de la terminación del nombramiento provisional como docentes no se produjo por causas arbitrarias del nominador sino en cumplimiento de un mandato jurídico constitucional, como lo es proveer el cargo con la persona que superó un concurso público de méritos. Se reitera, que la causa de terminación del nombramiento provisional como docente JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO, se explicó en el acto administrativo de terminación del nombramiento provisional, cumpliendo con el deber de motivar el acto administrativo de desvinculación, y de otro lado la entidad territorial cumplió con el deber de adoptar las medidas necesarias que permitieran desarrollar acciones afirmativas en favor de los docentes que se encontraban en alguna de las situaciones del llamado reten social y se garantizó el debido proceso administrativo, al advertirse la necesidad de adicionar las solicitudes ya presentadas con los documentos necesarios para acreditar la situación especial en la que se encontraban y llamárseles a presentar las solicitudes respectivas a quienes no lo hubieren hecho, y la accionante no presentó solicitud conforme a los cuatro órdenes de protección señalado en el parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015.

PETICION

En mérito de lo expuesto, respetuosamente ruego a su señoría, se abstenga de amparar los derechos incoados por el accionante señor JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO, toda vez, que el Departamento del Caquetá - Secretaria de Educación Departamental, no le ha vulnerado derechos fundamentales ni garantías constitucionales. (...)".

El señor **FAIVER OLAYA VARGAS**, no presento informe frente a la presente acción de tutela.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

REQUISITOS GENERALES DE FORMA.

Inicialmente debe señalarse que este despacho es competente para conocer el presente asunto en virtud del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el Art. 1º numeral 1º del Decreto 1382 de 2000. Como el amparo puede ser ejercido en todo momento y lugar por cualquier persona que estime vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales (art. 10 Dcto. 2591/91), el interés del accionante está presente y la solicitud de tutela se adecua a las exigencias mínimas que se establecen para ejercer la acción (art. 14 Decreto ibídem).

LA ACCION DE TUTELA

Atendiendo lo consagrado en el Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el Art. 1º numeral 1º del Decreto 1382 de 2000, este Despacho es competente para conocer la presente tutela por estar dirigida contra un ente territorial. Por otro lado, respecto a la legitimación en la causa por activa se advierte que como el amparo puede ser ejercido en todo momento y lugar por cualquier persona que estime vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales (art. 10 Dcto. 2591/91), el interés de la accionante está presente y la solicitud de tutela se adecua a las exigencias mínimas que se establecen para ejercer la acción (art. 14 del citado Decreto).

La acción de tutela es un mecanismo de rango constitucional concebido para proteger los derechos fundamentales cuando éstos sean vulnerados o se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad, o de un particular en los casos expresamente previstos por la ley, cuya procedencia está sujeta a la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial, salvo que a ella se acuda transitoriamente para precaver un perjuicio irremediable, caracterizándose por su naturaleza subsidiaria, no alternativa y mucho menos llamada a reemplazar los procedimientos ordinarios previstos por el legislador para su efectivo amparo.

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

La propia Constitución advierte que esta acción procederá cuando el "afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."

Así mismo respecto al principio de subsidiariedad de la acción de tutela, en pronunciamiento de la H. Corte Constitucional T 150 de 2016, se indicó lo siguiente:

(...) "EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

"El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución, al precisarse en él que: "Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

“Respecto de dicho mandato esta Corporación ha expresado en innumerables pronunciamientos, que aun cuando la acción de tutela ha sido prevista como un instrumento de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, la propia Carta Política le reconoce a la misma un carácter subsidiario y residual, lo cual significa que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”

“Ha manifestado así mismo la Corte que, en cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo, por supuesto, los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino, también, garantizar el principio de seguridad jurídica.”

“Ha destacado la jurisprudencia que la protección de los derechos constitucionales no es un asunto que haya sido reservado exclusivamente a la acción de tutela. En la medida en que la Constitución del 91 le impone a las autoridades de la República la obligación de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades (C.P. art. 2º), se debe entender que los diversos mecanismos judiciales de defensa previstos en la ley han sido estatuidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la propia Carta le haya reconocido a la tutela un carácter subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales se constituyen entonces en los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos.”(...)

Sobre el punto, ha dicho la Corte:

(...)“[L]a acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico” (Subraya fuera del texto original).

“Conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar “una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.”

“El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.”

“No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos excepciones al principio de subsidiariedad de la acción de tutela: (i) la primera, está consignada en el propio artículo 86 Constitucional al indicar que aun cuando existan otros medios de defensa judicial, la tutela es procedente si con ella se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. (ii) La segunda, prevista en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, señala que también procede la acción de tutela cuando el mecanismo ordinario de defensa no es idóneo, ni eficaz para la protección inmediata y plena de los derechos fundamentales en juego, caso en el cual opera como mecanismo definitivo de protección. De este modo, en las dos situaciones descritas, se ha considerado que la tutela es el mecanismo procedente para proteger, de manera transitoria o definitiva, los derechos fundamentales, según lo determine el juez de acuerdo con las circunstancias que rodean el caso concreto.”

“En cuanto a la primera excepción, es decir, la relativa a evitar un perjuicio irremediable, parte de la consideración de que la persona cuenta con un medio idóneo y eficaz para la defensa de sus derechos fundamentales, pero que, con miras a evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la tutela se convierte en un mecanismo procedente para brindarle la protección transitoria a sus derechos fundamentales, mientras el juez natural resuelve el caso.”

“Al respecto, la jurisprudencia “ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea: (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e

inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable."

"Siguiendo estos criterios, la Corte ha conceptualizado el perjuicio irremediable en los siguientes términos:"

"(...) 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".

"Adicionalmente, es importante indicar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado como condición necesaria para establecer la procedencia de la acción de tutela, que el perjuicio irremediable se encuentre acreditado en el expediente, así sea en forma sumaria. No obstante, la Corporación ha aclarado que el accionante puede cumplir con esta carga, mencionando al menos los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de un perjuicio irremediable, en consideración a la jerarquía de los derechos cuyo amparo se solicita mediante la acción de tutela y a la naturaleza informal de este mecanismo de defensa judicial. Específicamente ha dicho la Corte:"

"No obstante, aunque la prueba del perjuicio irremediable es requisito de la procedencia de la tutela, la Corte ha sostenido que la misma no está sometida a rigurosas formalidades. Atendiendo a la naturaleza informal y pública de la acción de tutela, así como a la jerarquía de los derechos cuya protección se solicita, la prueba del perjuicio irremediable puede ser inferida de las piezas procesales. Así pues, al afectado no le basta con afirmar que su derecho fundamental se enfrenta a un perjuicio irremediable, es indispensable que, atendiendo a sus condiciones personales, explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión".

"En cuanto a la segunda excepción, es decir, la relativa a que el medio de defensa ordinario no sea eficaz ni idóneo para la protección de derechos fundamentales, ha dicho la Corporación que, al evaluar el mecanismo alternativo del ordenamiento jurídico, éste "(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho".[8] Así las cosas, si el medio judicial concreto no cumple con dichas características, y por el contrario, el derecho fundamental en juego no puede ser restablecido, procede la solicitud de amparo constitucional como medio definitivo de protección al bien jurídico."

"En síntesis, la tutela no puede utilizarse para desplazar al juez ordinario de la resolución de los procesos que por ley le corresponde tramitar, y que solo subsidiariamente, en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, aquella puede invocarse para pedir una protección transitoria, o una protección definitiva, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia. Cuando se invoca el perjuicio irremediable, el actor debe acreditarlo o aportar mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia de este elemento."

LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD QUE DESEMPEÑAN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

El artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido. Por su parte, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido el "derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada", que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha manifestado que la estabilidad laboral se trata de:

"(...) una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda

de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales (...)".

Las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo. De igual manera, la Corte ha manifestado que aquellos trabajadores con limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, son beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Esta limitación a la que hace alusión la Corte, hace referencia a una aplicación extensiva de la Ley 361 de 1997 "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones" a aquellas personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacidad o invalidez.

En ese sentido, la Sentencia T-663 de 2011, reiterando lo sostenido en la Sentencia T-094 de 2010, señaló que:

"(...) esta concepción amplia del término 'limitación' ha sido acogida en reciente jurisprudencia de esta (sic) Alto Tribunal en el sentido de hacer extensiva la protección de la que habla la Ley 361 de 1997 a las personas de las que se predique un estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad que no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar. Desde la pluricitada sentencia T-198 de 2006 se ha dicho que 'en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.'

De esta forma, la merma en las condiciones de salud de un trabajador puede hacer del mismo susceptible de una protección laboral reforzada que corresponde a la idea de estabilidad en el trabajo y que resulta de una aplicación directa de la Constitución Política que en artículos como el 13, el 48 y el 53 obliga al Estado a la custodia especial de aquellas personas que presenten una disminución en sus facultades físicas, mentales y sensoriales. Esto coincide con aquella interpretación del concepto de limitación que se ha venido pregonando (...)"

En este orden de ideas, los trabajadores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, bien sea por una discapacidad calificada como tal, o por una limitación en su salud que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, cuentan con una

protección constitucional a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada. En esta medida, la Corte ha manifestado que:

“La elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil. En cada momento de la historia, con base en los conocimientos científicos con los que se ha contado, los legisladores han regulado diversos aspectos de esta problemática. De allí que la terminología empleada en la materia haya cambiado con el paso del tiempo. De hecho, hoy por hoy, se trata de un concepto en permanente construcción y revisión. En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido. Queda entonces claro que la discapacidad es un concepto diverso al de invalidez (...)”

Ahora bien, en el caso de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, 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”.

Al respecto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte precisó que:

“la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente”.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido 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 ocupando.

Es así como en la sentencia T-373 de 2017, la Corte concluyó que:

“Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante”.

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

No obstante, lo anterior, este Tribunal Constitucional ha reiterado que en el caso de sujetos de especial protección constitucional que ejerzan cargos en provisionalidad, las entidades deben otorgar un trato preferencial antes de efectuar el nombramiento de quienes ocupan los primeros puestos en las listas de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el propósito de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales¹

PROBLEMA JURIDICO

De conformidad a lo expuesto, deberá determinar el despacho si la entidad accionada DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL CAQUETÁ, ha vulnerado los derechos fundamentales a la Vida en Condiciones Dignas, Igualdad, Trabajo, Salud y Seguridad social del accionante JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO.

CASO EN CONCRETO

¹ Sentencia SU-691 de 2017 y T-373 de 2017

Una vez revisados y analizados, los aspectos generales de la Acción de tutela y la postura adoptada por el último organismo de cierre en materia constitucional, resulta imperioso descender al caso objeto de estudio, en el que el accionante a través de su apoderado judicial, impetró acción de tutela a fin de buscar la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la Vida en Condiciones Dignas, Igualdad, Trabajo, Salud y Seguridad social.

En el caso sub examine, se tiene que el accionante estima vulnerados los derechos reseñados en la precedencia, por parte de la Secretaria de Educación Departamental, al dar por terminado su nombramiento en provisionalidad como docente, para efectuar el nombramiento en periodo de prueba de quien participó, aprobó y fue seleccionado dentro del proceso de méritos para proveer definitivamente las vacantes de directivos docentes y docentes en los establecimientos educativos en zonas rurales de post conflicto, bajo el argumento de que la accionada no adelantó proceso de Levantamiento de Fuero Sindical para proceder a su desvinculación a través de la Declaratoria de Insubsistencia.

Frente a la autorización judicial para el retiro del servicio de los empleados amparados con fuero sindical, el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, dispone:

“ARTÍCULO 24. en los siguientes casos:

24.1 Cuando no superen el período de prueba.

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.” (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, el retiro de los empleados amparados con fuero sindical no requiere de autorización judicial, cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito. Este postulado es avalado por la Corte Constitucional, quien en la sentencia C - 1119 del 1 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Beltrán Sierra, declaró la exequibilidad del artículo 24 del Decreto 760 de 2005, manifestando:

“En el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los

eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa (...). En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes. Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos."

De conformidad con la jurisprudencia citada, el despido de los empleados con nombramiento provisional que tienen fuero sindical no requiere autorización judicial, cuando se trate de proveer el cargo con quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, pudiendo ser retirado del servicio por parte de la Administración mediante resolución que debe ser motivada, considerando que la decisión no se produce por causas arbitrarias sino en cumplimiento del proceso de selección para el ingreso a la función pública. Bajo este entendido se tiene que, LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL no vulneró el derecho al debido proceso del señor JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO, por cuanto no se requería autorización judicial para el retiro del mismo.

Por otra parte, cabe señalar que en múltiples oportunidades ha señalado la H. Corte Constitucional, que la acción de tutela al tenor de lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política y reiterado en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El actor con la presente acción pretende que se le reintegre al servicio en una plaza docente adscrita a la Secretaria de Educación Departamental del Caquetá, en la cual se encontraba nombrada de manera provisional y adicionalmente se le reintegren los salarios dejados de percibir desde el momento de su desvinculación y hasta que el reintegro se materialice, peticiones que no resultan admisibles, en tanto, se advierte que la parte

actora, se equivocó al elegir la tutela como mecanismo para nulificar su desvinculación del cargo que ha desempeñado en provisionalidad como docente adscrito a la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, pues es claro que debe acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para exponer en ella los argumentos de carácter legal y constitucional que avalen la tesis propuesta en su demanda. Ello, porque no es de recibo que de la violación de derechos fundamentales se intente trasladar una discusión propia de la jurisdicción contenciosa, para que sea resuelta por la vía constitucional.

Lo anterior se encuentra soportado en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que en su numeral 1° estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia “de otros recursos o medios de defensa judiciales”, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por el accionante es el juez de lo contencioso administrativo, quien podrá anular la decisión de desvinculación y así restablecer el derecho; además, con la posibilidad de solicitar su suspensión conforme con lo dispuesto en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y que en virtud del artículo 233, se puede resolver incluso desde la admisión de la demanda.

La mencionada medida precisamente está contemplada para contener el perjuicio inmediato que se pueda presentar con ocasión de la decisión y, por ello, descarta la viabilidad de la demanda constitucional, incluso, como mecanismo de protección transitorio, al guardar identidad en los efectos que se pretenden soportar.

Frente a la efectividad de las medidas previstas en la norma en mención, ha dicho la Corte Constitucional:

“Las medidas cautelares en el CPACA son un mecanismo de defensa provisional, idóneo y eficaz, de aquellos derechos que se buscan restablecer a través de las acciones contencioso administrativas, pero que pueden verse expuestos a la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por lo tanto, le corresponde al accionante, en atención a la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela (art.86 CP), demostrar que agotó este medio de protección o que el juez administrativo haya negado el decreto de la medida cautelar, sin advertir que se configuran los elementos que demuestran la existencia de perjuicio irremediable”.²

Así las cosas, el Despacho encuentra que no es de esta competencia considerar las inconformidades planteadas en el amparo constitucional, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto y asumir funciones

² T-733/14

que no le está permitido resolver frente a la legalidad de los cuestionados actos administrativos.

En igual sentido, cabe advertir que la accionante alega ser sujeto de especial protección y así mantener su estabilidad laboral, sin embargo, ante esa condición la jurisprudencia ha decantado que la estabilidad laboral es relativa o intermedia, estableciendo lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público.”³

Asimismo, ha señalado que, en el caso de los nombramientos en provisionalidad en un cargo de carrera, la estabilidad laboral relativa implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, 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”.⁴

Resultaría desproporcionado que se obligara a mantener una relación laboral, que desde un principio se sujetó a un plazo determinado, cuando se extinguieron completamente las razones que justifican la permanencia de la trabajadora vinculada en provisionalidad.

En este orden de ideas, contrario al argumento esgrimido por el actor, un pronunciamiento de fondo, sobre los aspectos señalados, resulta ajeno al ámbito de injerencia del juez de tutela, pues éste se limita a ejercer un control constitucional, y la controversia planteada por el señor **JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO** debía exponerse mediante la promoción de los mecanismos dispuestos en la ley administrativa para solucionar el litigio propuesto.

³ T-464/2019

⁴ 4 Sentencia SU-446/2011

ACCIONANTE: JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO
ACCIONADO: SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ Y OTROS
DERECHO: VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y OTROS
RADICACIÓN: N° 2021-00143

Así las cosas, encuentra este Despacho que el accionante, cuenta con otro medio judicial idóneo y eficaz, respecto de su reintegro, ya que la tutela no puede utilizarse para desplazar al juez ordinario de la resolución de los procesos que por ley le corresponde tramitar, y que solo subsidiariamente en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, aquella puede invocarse, por lo tanto, no se está dando efectivo cumplimiento al requisito de subsidiariedad para que pueda proceder la acción de tutela.

En estas circunstancias, el Despacho procederá a negar la presente acción de tutela por improcedente, teniendo en cuenta que, en el caso bajo estudio, este mecanismo no procede por no cumplir con el requisito de subsidiariedad debido a que, de las pruebas allegadas y los hechos aducidos, se colige que el accionante pretende que en sede de tutela se defina un asunto de cuya competencia fue asignada por el legislador a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Conforme a lo antes expuesto el **JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL DE FLORENCIA - CAQUETA**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR por improcedente la acción de tutela interpuesta por el Dr. **YEISON MAURICIO COY ARENAS** como apoderado judicial de **JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO**, en contra de la **SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ**, el **DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ** y la vinculado de oficio **FAIVER OLAYA VARGAS**, por lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente sentencia de la manera más expedita, advirtiéndole a las partes e intervinientes que esta decisión podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, única y exclusivamente a través del correo electrónico j03penmunfencia@cendoj.ramajudicial.gov.co.

TERCERO: En caso de no ser impugnado el presente fallo, envíese a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión por secretaría.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

JUAN CARLOS CHURTA BARCO
Juez

ACCIONANTE: JHON JAIRO ARRIGUI OROZCO
ACCIONADO: SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ Y OTROS
DERECHO: VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y OTROS
RADICACIÓN: N° 2021-00143

Firmado Por:

Juan Carlos Churta Barco
Juez
Juzgado Municipal
Penal 003 Control De Garantías
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:

a7bb74cf59d959309e2af0fc465c1fb58a53f97ae9f72c0989bba26b0a2574f5

Documento generado en 16/11/2021 11:03:19 AM

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