

REPUBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL
FLORENCIA – CAQUETA**

Florencia Caquetá, veintinueve (29) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO: ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: ALBA LUZ CUELLAR DE GUERRERO

ACCIONADOS: DEPARTAMENTO DELCAQUETÁ-SECRETARIA DE
EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ

RADICACIÓN: N° 2021-00171-00

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**, quien actúa como apoderado judicial de la señora **ALBA LUZ CUELLAR DE GUERRERO**, en contra, del **DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ** y el vinculado de oficio, **BENJAMIN PAEZ OLAYA**.

ANTECEDENTES

FUNDAMENTOS FACTICOS.

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

(...)

"1. La señora ALBA LUZ CUELLAR GUERRERO, nació el día 30 de enero de 1961 tal y como consta en el registro civil de nacimiento expedido por la Notaria Única de Belén de los Andaquies Caquetá.

2. La señora ALBA LUZ CUELLAR GUERRERO, inició su vinculación como docente inicialmente en el año 1999 a través de contratos de prestación de servicios, situación que se mantuvo hasta el año 2003.

3. Mediante Decreto No. 000410 del 16 de febrero de 2004 emanado de la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, fue nombrada en provisionalidad la señora ALBA LUZ CUELLAR GUERRERO como DOCENTE del CENTRO EDUCATIVO RURAL CRISTALINA DE TRONCALES del Municipio de San Vicente del Caguán (Caquetá), tomando posesión del cargo y comenzando a laborar ya como docente en provisionalidad

4. Mediante Decreto No. 000344 del 22 de febrero de 2011 emanado de la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, fue nombrada en provisionalidad la señora ALBA LUZ CUELLAR GUERRERO como DOCENTE del CENTRO EDUCATIVO RURAL LA FLORIDA del Municipio de Milán Caquetá, tomando posesión del cargo y comenzando a laborar ya como docente en provisionalidad.

5. Mediante Oficio No. CAQ2021EE019335 del 05 de junio de 2021 la Secretaría de Educación departamental del Caquetá comunica a la señora ALBA LUZ CUELLAR GUERRERO el contenido del Decreto 000792 del 02 de junio de 2021 mediante el cual se da por terminado el nombramiento provisional, procediendo a su desvinculación.

6. Al momento de la desvinculación de la señora ALBA LUZ CUELLAR GUERRERO contaba con 60 años de edad y más de 25 años de servicio, pues tal y como lo indican las certificaciones laborales desde el año 1991 inicio su vida de docencia, por lo que tiene la calidad de PRE – PENSIONADA.

7. La desvinculación de ALBA LUZ CUELLAR GUERRERO afecta gravemente el proceso de rehabilitación de derechos como pre pensionada y 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." (...)

LO PRETENDIDO POR LA PARTE ACCIONANTE.

Solicita la accionante, lo siguiente:

(...) 1. Que se tutelen los derechos fundamentales de ALBA LUZ CUELLAR GUERRERO 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 la señora ALBA LUZ CUELLAR GUERRERO fuero laboral especial dado las condiciones especiales de pre pensión.

3. Se ordene al Departamento del Caquetá – Secretaria Departamental de Educación del Caquetá que de manera inmediata proceda al REINTEGRO de la señora ALBA LUZ CUELLAR GUERRERO 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 ALBA LUZ CUELLAR GUERRERO 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. 246 del veintiuno (21) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), en la cual se admitió y se corrió traslado a los accionados para que ejercieran su derecho de contradicción y defensa.

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

(...) " EN CUANTO A LOS HECHOS DE LA TUTELA

AL HECHO PRIMERO: Ha de analizarse conforme a los documentos soporte de la presente acción constitucional.

AL HECHO SEGUNDO: Ha de analizarse conforme a los documentos soporte de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta que en la acción de tutela no reposan soportes de los contratos de prestación de servicios profesionales.

AL HECHO TERCERO Y CUARTO: Son ciertos.

AL HECHO QUINTO: Es cierto, la entidad territorial le terminó el nombramiento provisional como docente a la señora ALBA LUZ CUELLAR DE GUERRERO, mediante acto administrativo motivado dada la obligación jurídica constitucional de nombrar en periodo de prueba al elegible que participó y superó las etapas del concurso especial de méritos del posconflicto – convocatoria No. 606 de 2018 y en audiencia pública escogido la plaza que ostentaba en provisionalidad.

AL HECHO SEXTO: Ha de analizarse conforme a los documentos soporte de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta que en sede de tutela la accionante no acredita la calidad de PRE-PENSIONADA conforme a las normas vigentes y a los criterios jurisprudenciales definidos para tal fin, como se explicara más adelante.

AL HECHO SÉPTIMO: Ha de analizarse conforme a los documentos soporte de la presente acción constitucional.

(...)

El Departamento del Caquetá en cumplimiento de la obligación jurídica constitucional contenida en el artículo 13 Constitucional de propiciar un trato preferencial como medida afirmativa en favor de las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad o con enfermedades catastróficas o de los funcionarios que tienen fuero sindical, a quienes si bien esa circunstancia no les otorga el derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral cuya estabilidad relativa cede frente al derecho de quien accede al cargo por mérito, expidió el Decreto 000751 de 26 de mayo de 2021, por medio del cual se dispuso el traslado y/o reubicación de los docentes o directivos docentes en provisionalidad que acreditaran alguna de las condiciones establecidas en el parágrafo 2 del Decreto 1083 de 2015 a aplicar con ocasión al concurso de

méritos 606 de 2018 y se establecieron los criterios de desempate en caso de que las solicitudes de protección sean superiores al número de vacantes a proveer, para lo cual se creó un Comité Técnico.

Se procedió entonces a revisar el Sistema de Atención al ciudadano SAC, habilitado para el recibo de correspondencia relacionada con el concurso de méritos 606/2018, se encontraron 366 solicitudes de protección, dentro de las cuales no se encontró solicitud de protección laboral de la señora ALBA LUZ CUELLAR DE GUERRERO.

De otro lado, es importante precisar que de conformidad con el Decreto 000751 de 2021, las solicitudes a tener en cuenta serían las radicadas en el Sistema de Atención al Ciudadano hasta el 02 de junio de 2021, fecha hasta la cual los docentes que ya había presentado solicitud podían adicionarlas con los documentos que le permitieran acreditar la condición (enfermedad catastrófica/ discapacidad, madre cabeza de familiar, pre pensión y funcionario con fuero sindical) o allegar nuevas solicitudes y se reitera a la accionante no PRESENTO SOLICITUD DE PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA, pese a que en el citado decreto se señalaron las condiciones de evaluación de las mismas.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la aplicación de la protección laboral reforzada no es automática, que impone una carga mínima de probar los hechos y manifestaciones para ser acreedor de esta protección y que la accionante no solicitó protección laboral con la evidencia probatoria que determine el cumplimiento de los requisitos para acceder a la protección laboral reforzada, el fallo de la acción de tutela no debe ser favorable al accionante.

De esta forma la entidad 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 llamarles a presentar las solicitudes respectivas a quienes no lo hubieren hecho.

Finalmente, sería del caso señalar que atender en esta instancia una solicitud de reintegro vulneraría los derechos fundamentales de otros docentes que presentaron solicitud y que cumplieron requisitos para ser reubicados o trasladados por encontrarse en alguno de los órdenes de protección previstos en el parágrafo 2º del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015. Los derechos de otros docentes se desconocen teniendo en cuenta que el número de plazas vacantes es inferior al número de sujetos de especial protección a reubicar o reintegrar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS EXCEPCIONES

- 1) 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.

Conforme se ha expuesto, teniendo en cuenta que el artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones allí previstas y que el ingreso a los cargos de carrera y ascenso en los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, no hay lugar a considerar que por la terminación del nombramiento provisional de la tutelante se le vulneren derechos fundamentales, quien además tuvo el derecho a participar del mismo en igualdad de condiciones de todos los que lo hicieron, superaron las etapas del mismo y fueron nombrados en periodo de prueba.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-326 del 3 de junio de 2014, Magistrada Ponente, MARIA VICTORIA CALLE CORREA, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, ha señalado:

Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

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 solo 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 la docente ALBA LUZ CUELLAR DE GUERRERO, fue ofertada en 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.

Se reitera, que la causa de terminación del nombramiento provisional como docente de la señora ALBA LUZ CUELLAR DE GUERRERO, se explico 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 hubieran hecho, sin embargo, la accionante no presento solicitud de PRE-PENSIÓN.

2. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR EXISTIR OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL.

El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que "esta acción sólo 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".

Del texto de la norma se evidencia que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la tutela.

Sobre este particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia.

En suma, de la aplicación del requisito de subsidiariedad: (i) la acción de tutela no es un mecanismo judicial diseñado para reemplazar los medios ordinarios de defensa, ni para reabrir procesos concluidos, ni revivir términos u oportunidades

procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada de la parte interesada. Ello, sin perjuicio de que, en cada caso, (ii) se verifique si acudir a los medios ordinarios o recursos comporta una carga desproporcionada para el actor, ya sea, por su falta de eficacia e idoneidad a la luz de las circunstancias particulares, o cuando se evidencie la existencia de un perjuicio irremediable y este sea alegado por la parte interesada. (Sentencia T-237/18).

En el caso bajo estudio es dable señalar que la señora ALBA LUZ CUELLAR DE GUERRERO, cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como medio de defensa judicial idóneo y eficaz, para resolver su situación de estabilidad laboral reforzada o protección laboral, sin embargo, del escrito de tutela y de los anexos no se demuestre que hubiera demandado ante la jurisdicción contenciosa administrativa el acto administrativo por medio del cual se le terminó su nombramiento provisional, no dio cuenta de las razones por las cuales se abstuvo de interponer el medio de control, y no aportó las pruebas que demuestren el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que, pese a no haber hecho usos de los recursos ordinarios previstos para invocar la protección de sus derechos fundamentales, haya lugar a la procedencia de la acción de tutela.

Así las cosas, la accionante no demuestra que este frente a un daño inminente o perjuicio irremediable de vulneración de sus garantías fundamentales que justifiquen la procedencia excepcional de la acción de tutela, ni explica porque los medios de defensa ordinarios no son eficaces ni idóneos para la protección de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, no son suficientes los argumentos que depone el accionante para acreditar el perjuicio irremediable que reza el numeral 1 del artículo 06 de Decreto 2591 de 1911, razón por la cual, solicitó al señor juez que se declare la improcedencia de la acción de tutela." (...)

El señor **BENJAMIN PAEZ OLAYA**, en su respuesta resalta lo siguiente:

(...) "Solo tengo para mencionar lo siguiente:

Fui nombrado según decreto 000792 del 02 de junio de 2021 como docente en periodo de prueba en la IER La Florida sede La Florida en el área de Primaria en el municipio de Milán, ya que concurse y aprobé cada una de las etapas eliminatorias y clasificatorias del concurso de méritos de acuerdo a la convocatoria 606 de 2018 de la Comisión nacional del servicio civil establecida para tal fin y reglamentada por el decreto ley 882 de 2017 en el cual se establecen los criterios del concurso especial docente en zonas de postconflicto." (...)

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 consuma 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 fundamentales.

PROBLEMA JURIDICO

De conformidad a lo expuesto, deberá determinar el despacho si la entidad accionada **DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE DEL CAQUETÁ**, ha vulnerado los derechos fundamentales a la Vida en Condiciones Dignas, Igualdad, Trabajo, Salud, pre pensión, Seguridad social de la accionante **ALBA LUZ CUELLAR DE GUERRERO**.

CASO EN CONCRETO

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 a la Vida en Condiciones Dignas, Igualdad, Trabajo, Salud y Seguridad social.

Ahora bien, en el caso sub examine, se tiene que la accionante estima sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, igualdad, trabajo, salud, seguridad social, 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 que es sujeto de especial protección por encontrarse en el grupo de pre-pensionados.

Al respecto, 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.

La actora con la presente acción pretende que se le reintegre al servicio en una plaza docente adscrita a la Secretaría 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”.¹

¹ T-733/14 3

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

En igual sentido, cabe advertir que el 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.”²

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”.³

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 la actora, 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 la señora ALBA LUZ CUELLAR DE GUERRERO, debía exponerse mediante la promoción de los mecanismos dispuestos en la ley administrativa para solucionar el litigio propuesto.

² T-464/2019

³ Sentencia SU-446/2011

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, quien actúa como apoderado judicial de la señora ALBA LUZ CUELLAR DE GUERRERO, en contra, de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, el DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ y el vinculado de oficio BENJAMIN PAZ OLAYA, 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,



PAOLA ANDREA ASTAIZA SORIANO
Juez