

13001-33-33-011-2020-00097-01

Cartagena de Indias D. T. y C., seis (06) de octubre de dos mil veinte (2020)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

MEDIO DE CONTROL	IMPUGNACION DE TUTELA
RADICADO	13001-33-33-011-2020-00097-01
DEMANDANTE	MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO Y OTROS aburgos.pinedo@gmail.com abogado@jorgeanillo.com
DEMANDADO	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL notificacionesjudiciales@cns.gov.co UNIVERSIDAD LIBRE notificacionesjudiciales@unilibre.edu.co DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR notificaciones@bolivar.gov.co
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – AL DEBIDO PROCESO

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala¹ fija de decisión No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte actora MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO Y OTROS, contra la sentencia de fecha cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Hechos

La accionante, actuando a través de apoderado judicial, relató los siguientes hechos:

La señora MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO, tiene una condición de

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTICULO 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 de Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

13001-33-33-011-2020-00097-01

vulnerabilidad y debilidad manifiesta, toda vez que es madre cabeza de familia y tiene a su cargo el sostenimiento económico de su hogar, el cual está integrado por su madre que es mayor adulta y sus hijos JUAN DIEGO Y RAFAEL DAVID VILLALOBOS BURGOS, quienes tienen 10 meses y 4 años respectivamente.

La señora MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO sostiene su hogar gracias al salario y las prestaciones que percibe en el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, donde ejerce el cargo nominado Profesional Universitario del Área de la Salud – Médico, Código 211, Grado 0 (hoy en día Código 237, Grado 6), asignado a la Secretaria de Salud Departamental, desde el 29 de abril de 2016, como consta en el Decreto de nombramiento No. 272 y acta de posesión de la misma fecha.

El día 16 de octubre de 2018, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, expidió el Acuerdo No. 20181000006486, por medio del cual se establecen las reglas del concurso abierto de méritos y se convocó para proveer definitivamente los empleos vacante pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación de Bolívar, con proceso de selección No. 772 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte.

El cargo que ejerce la señora MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO fue objeto de la oferta pública mencionada con anterioridad, proceso al cual se inscribió; sin embargo, en la fase de la verificación de requisitos mínimos, la CNSC y su contratista la UNIVERSIDAD LIBRE, decidieron no admitirla y ratificaron esa decisión a través del acto administrativo con radicado No. CNSC-242576852 del 09 de octubre de 2019.

El día 09 de marzo de 2020, la señora MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la CNSC y la UNIVERSIDAD LIBRE, con el fin de que anulara el acto administrativo en mención y, se reintegrara a la accionante inmediatamente en el proceso de selección, con solicitud de medida cautelar para que se efectuara el reintegro al concurso en forma provisional con el fin de que realizara todas las pruebas del concurso de méritos.

Dicha demanda, fue repartida al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena bajo el radicado 13001333300520200003900, quien la admitió mediante Providencia notificada por estado el día 21 de julio de 2020. En la actualidad, el proceso se encuentra en etapa de traslado de la demanda y no se ha adoptado decisión de fondo sobre la medida cautelar solicitada.

13001-33-33-011-2020-00097-01

Aduce que, al momento de la expedición del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, el cual aplazó los procesos de selección que se estuvieren adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, que se encuentren en etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas; el proceso para el cual estaba aplicando la accionante se encontraba en valoración de antecedentes, lo cual se adecua a lo expuesto con anterioridad. Sin embargo, la CNSC y la UNIVERSIDAD LIBRE continuaron adelantando el concurso de méritos haciendo caso omiso a la orden de suspensión y a través de la Resolución 8020 del 28 de julio de 2020, conformaron la lista de elegibles para el empleo que ejerce la señora MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO en el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

Sostuvo que, la ilegal conformación de la lista de elegibles por parte de la CNSC y su inminente uso por parte del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, amenazan y vulneran los derechos fundamentales de la accionante, en la medida en que el nombramiento en periodo de prueba tendría como efecto la declaratoria de insubsistencia de la señora MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO, siendo dicho trabajo el único sustento de su hogar, como madre cabeza de familia.

3.1.2. Pretensiones.

La accionante, actuando a través de apoderado judicial, solicita:

Que se le tutelen los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, a la dignidad humana, el interés superior de los niños, el debido proceso y a la igualdad, que considera resultaron amenazados y vulnerados en atención a los hechos y omisiones expuestos en el acápite inmediatamente anterior.

En consecuencia, solicita:

- (i) Se ordene al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, abstenerse de declarar insubsistente o desvincular del servicio a la accionante, como consecuencia del uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución 8020 del 28 de julio de 2020, expedida por la CNSC, hasta tanto sean superadas las circunstancias que originaron la declaratoria de emergencia sanitaria declarada a través de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, expedida por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.
- (ii) Se ordene al DEPARTAMENTO, que se abstenga de realizar los nombramientos en periodo de prueba, posesiones, inducciones e

13001-33-33-011-2020-00097-01

inclusión en nómina de las personas que hacen parte de la lista de elegibles contenida en la Resolución 8020 del 28 de julio de 2020, expedida por la CNSC, hasta tanto sean superadas las circunstancias que originaron la declaratoria de emergencia sanitaria declarada a través de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, expedida por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

- (iii) Dejar sin efectos jurídicos la Resolución 8020 del 28 de julio de 2020, expedida por la CNSC, por la cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer 2 vacantes definitivas del empleo denominado Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 6, OPEC 68738, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, dentro del proceso de selección 772 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC

Esta entidad presentó informe de tutela, oponiéndose a la solicitud de la referencia, por considerar que resulta improcedente el amparo deprecado, toda vez que, las actuaciones y decisiones frente al caso de la accionante, se ajustaron a las reglas del concurso y lo que se pretende es intentar por un medio no idóneo, permanecer en su empleo, del cual tiene pleno conocimiento es de carácter provisional y del cual solo se predica la estabilidad laboral relativa.

De igual manera, sostuvo que la simple inconformidad del accionante frente al proceso de selección no es excepcional, es decir no existe un perjuicio irremediable que amenace o vulnere los derechos fundamentales invocados en la presente acción de tutela.

Finalmente, manifestó que, la etapa en la que se encontraba el proceso de selección objeto de controversia, era la de publicación las listas de elegibles, lo cual no encuadra en las causales de suspensión de concursos establecidas a través del Decreto Legislativo 491 de 2020.

Por lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela, en la medida en que no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales de la accionante por parte de dicha entidad.

13001-33-33-011-2020-00097-01

3.2.2. UNIVERSIDAD LIBRE

La Universidad presentó informe de tutela, manifestando principalmente que carecen de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto solo adquirió obligaciones contractuales para conformar las listas de elegibles y en lo relacionado con la etapa de verificación de requisitos mínimos y, por consiguiente, las pretensiones no se circunscriben a las obligaciones contraídas, por lo que carece de competencia para dar trámite a las solicitudes expuestas en sede constitucional.

Por lo anterior, solicita que se desvincule del presente proceso por falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.2.3. DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR. No presentó informe.

3.3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.3.1. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia de fecha cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020), el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena² resolvió negar la acción de tutela de la referencia, al considerar que de conformidad con la jurisprudencia constitucional la calidad de provisional de un funcionario no lo hace acreedor de condiciones de especial protección como la estabilidad laboral reforzada, ante el nombramiento de un funcionario en carrera.

Así mismo, sostuvo que, la accionante no probó en debida forma su condición madre cabeza de familia, para ser acreedora de especial protección constitucional por este motivo.

Finalmente, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y de la UNIVERSIDAD LIBRE, toda vez que la entidad encargada del cumplimiento de cualquier orden judicial en el caso en concreto será la CNSC, de forma directa o a través de sus delegados.

2 **"PRIMERO:** Negar la acción de tutela impetrada por MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO y otros contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Universidad Libre y del Departamento de Bolívar, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
(...)"

13001-33-33-011-2020-00097-01

3.3.2. Impugnación de la Sentencia

La sentencia de cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, es impugnada por la parte accionante MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO Y OTROS, al considerar (i) que no debió declararse la falta de legitimación del Departamento de Bolívar ni de la Universidad Libre, toda vez que estas entidades tienen un interés sustancial en las resultas del proceso y están llamadas a responder por las amenazas y vulneraciones a los derechos fundamentales invocados, pues son parte del concurso de méritos objeto de controversia, máxime cuando el Departamento es la entidad nominadora y destinataria de la lista de elegibles.

De otra parte, sostuvo que, el juez de primera instancia incurrió en defecto fáctico al no valorar las declaraciones juramentadas que fueron aportadas al proceso y, que dan cuenta de la situación de especial protección constitucional que ostenta la accionante, en su condición de madre cabeza de hogar.

Finalmente, manifestó que, la sentencia de primera instancia debe revocarse, toda vez que, parte de un problema jurídico que no tuvo en cuenta todos los elementos puestos en consideración en la presente acción, pues lo que se cuestiona es la evidente irregularidad que antecede a la expedición de la lista de elegibles de la CNSC con base en la información suministrada por la Unilibre y la imposibilidad que tiene el Departamento de Bolívar de usar dicha lista, o por lo menos de retirar del servicio a la accionante hasta que sean superadas las circunstancias que dieron origen a la emergencia sanitaria.

3.3.3. Trámite de la Impugnación.

A través del auto de fecha diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020), el A-quo concedió la impugnación presentada por la parte accionante MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO Y OTROS, a través de apoderado judicial.

Mediante oficio de fecha veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020), el apoderado de la parte accionante, presentó solicitud de medida provisional, la cual fue resuelta negativamente por la Sala, a través de auto de fecha veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020).

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

13001-33-33-011-2020-00097-01

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad, y, en consecuencia, como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

Conforme lo establecido el Decreto 2591 de 1991, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Habida cuenta de los hechos y antecedentes procesales de esta actuación, la solución del presente caso exige a la Sala responder dos problemas jurídicos: por un lado,

¿Es procedente la presente acción de tutela por satisfacer los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela? (problema jurídico de procedibilidad).

De otro lado, en caso de que la respuesta a la primera pregunta sea positiva y, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el recurso de apelación, se deberá resolver lo siguiente:

¿Determinar si en el presente asunto deben declararse vulnerados, por parte de la entidad accionada CNSC, los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, a la dignidad humana, el interés superior de los niños, al debido proceso y a la igualdad invocados por la señora MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO?

5.3. TESIS DE LA SALA.

La Sala determinará que en presente asunto se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, respecto de la CNSC.

En lo relacionado con el segundo problema jurídico planteado, la Sala sostendrá que en el presente asunto, la entidad accionada CNSC no ha

13001-33-33-011-2020-00097-01

vulnerado con su proceder los derechos fundamentales invocados por la actora, en la medida en que (i) no se acreditó la condición de madre cabeza de hogar de la accionante, ni que esta fuese comunicada a la CNSC y, (ii) que no resulta aplicable el contenido del artículo 14 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020.

Para desarrollar la tesis de la Sala, se abordará en primer lugar el estudio de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, para luego darle solución al caso en concreto.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

5.4.1.1. Legitimación en la causa por activa

Sobre el particular el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de amparo constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona en nombre propio o a través de representante, como en el caso en concreto, a fin de solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

De conformidad con lo anterior, en efecto, la señora **MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO** en representación de sus hijos menores **JUAN DIEGO y RAFAEL DAVID VILLALOBOS BURGOS**, tal y como consta en los registros civiles de nacimientos anexados a la presente acción, quienes actúan a través de apoderado judicial, se encuentran legitimados en la causa por activa para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, pues son las personas a las que presuntamente se les vulneraron sus derechos al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, a la dignidad humana, el interés superior de los niños, al debido proceso y a la igualdad.

5.4.1.2. Legitimación en la causa por pasiva.

Ahora, en cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra la acción u omisión de una autoridad pública o un particular que vulnere o amenace un derecho fundamental.

Por lo anterior, la entidad accionada, **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**, es una de las entidades a las cual la parte accionante les

13001-33-33-011-2020-00097-01

endilga la vulneración de sus derechos fundamentales de al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, a la dignidad humana, el interés superior de los niños, al debido proceso y a la igualdad y por tanto, en principio se encuentra legitimada para ser llamada en el presente proceso.

5.4.1.2.1. De la legitimación en la causa por pasiva de UNIVERSIDAD LIBRE y del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

En este punto, la Sala observa que, el A-quo resolvió declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la UNIVERSIDAD LIBRE y del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, cuestión que fue motivo de inconformidad en el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante.

Así las cosas, tenemos que, en reiterada jurisprudencia, la H. Corte Constitucional³ dispone que la legitimación por pasiva exige que esta se promueva contra autoridad pública y, en ciertos casos, contra los particulares por la acción u omisión que cause la violación de los derechos fundamentales de las personas.

Además, en la providencia en cita, la Corte resaltó la importancia que, "(...) cuando del trámite procesal se deduce que el demandado no es responsable del menoscabo de los derechos fundamentales del actor, no puede, bajo ninguna circunstancia, concederse la tutela en su contra. **La legitimación por pasiva de la acción de tutela se rompe cuando el demandado no es el responsable de realizar la conducta cuya omisión genera la violación, o cuando no es su conducta la que inflige el daño.**"

En ese sentido, la Sala, al igual que el a-quo, concluye que, si bien el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y la UNIVERSIDAD LIBRE, intervienen o se benefician del concurso de méritos adelantado por la CNSC y, que es objeto de controversia, su conducta no genera vulneración alguna de los derechos invocados en la presente acción, pues, como se dijo, la entidad llamada a responder, en caso de encontrarse probada dicha violación, sería la CNSC, como encargada de llevar a cabo el concurso y por ser quien, conformó la lista de elegibles contenida en la Resolución 8020 del 28 de julio de 2020.

5.4.1.3. Principio de Inmediatez

El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela podrá interponerse "en todo momento y lugar". En todo caso, ello no debe

³ Sentencia T-1001 de 2006

13001-33-33-011-2020-00097-01

entenderse como una facultad para presentarla en cualquier momento, ya que de esa forma se pondría en riesgo la seguridad jurídica y se desnaturalizaría la acción, concebida, según la propia norma, como un mecanismo de “*protección inmediata*” de los derechos alegados.

Por lo anterior, se ha entendido que la tutela debe presentarse en un término razonable, pues de lo contrario podrá declararse improcedente⁴.

Al respecto, no existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, sino que el juez de tutela debe evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, lo que constituye un término razonable.

La jurisprudencia constitucional ha establecido distintos criterios para orientar al juez de tutela al analizar si se ha cumplido el requisito de inmediatez⁵. Uno de ellos es la situación personal del peticionario, ya que en determinados casos esta hace desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve.

A modo enunciativo, se ha señalado que tal exigencia podría ser desproporcionada cuando el peticionario se encuentre en “*estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad [o] incapacidad física*”⁶

De acuerdo a lo anterior, la Sala considera que se cumplió con el requisito de inmediatez de la acción de tutela, teniendo en cuenta que la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante, se da con ocasión de actuaciones adelantadas por la entidad accionada y legitimada en la causa por pasiva CNSC, con ocasión a los trámites llevados a cabo durante un concurso de mérito, principalmente en el mes de julio de 2020, fecha en la que conforma la lista de elegibles objeto de controversia y, la presente acción de tutela, fue interpuesta en el mes de agosto de la misma anualidad.

5.4.1.4. Principio de Subsidiariedad

En relación con el principio de subsidiariedad, la Honorable Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela sólo procederá cuando (i) no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o desconocido; cuando (ii) existiendo esos

4 sentencia SU-961 de 1999.

5 Ver sentencia SU-391 de 2016

6 Sentencia T-158 de 2006.

13001-33-33-011-2020-00097-01

mecanismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales en el marco del caso concreto, evento en que la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; o cuando (iii) sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, hipótesis en la cual el amparo opera en principio como mecanismo transitorio de protección⁷.

Ahora bien, en lo relacionado con la existencia, eficacia e idoneidad de los medios de defensa ordinarios, la Corte⁸ en reiterada jurisprudencia ha sostenido que cuando el solicitante cuenta con otros medios de defensa, es deber del juez de tutela evaluar si estos son idóneos o eficaces en el caso particular, en búsqueda de una protección cierta y suficiente de las garantías contenidas en la Constitución Política.

En ese sentido, sostuvo que, al analizar estos aspectos el juez debe enmarcar su estudio en las particularidades de cada caso, pues al relacionarse el carácter idóneo del mecanismo con su aptitud material para producir el efecto protector de los derechos fundamentales⁹, y la eficacia con la posibilidad de brindar un amparo eficaz, oportuno e integral, resulta clara la imposibilidad de establecer criterios abstractos y generales para su valoración.¹⁰

De igual manera, se deben tener en cuenta circunstancias especiales de los accionantes, tales como su avanzada edad, estado de salud, condición de vulnerabilidad derivada de su situación económica, o si se trata de un sujeto de especial protección constitucional, en virtud del artículo 13 de la C.N. Además, debe observar el mandato de igualdad material, el cual indica que el juez de tutela debe realizar un análisis más amplio para estas personas porque, en dicho derecho se integra la obligación fijada al Estado de adoptar medidas en favor de grupos históricamente discriminados o marginados.

Por otra parte, en caso de que exista un mecanismo de defensa judicial, la Corte en sentencia T-160 de 2018, reiteró que *“en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede*

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-480 del 09 de julio de 2014. Expediente T-4269734- M.P. María Victoria Calle Correa.

⁸ Sentencia 186 del 28 de marzo de 2017. Expedientes acumulados T-5896866 y T-5915213.

⁹ Esta definición ha sido adoptada por las distintas Salas de Revisión a través de, entre otras, las sentencias T-211 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas; T-470 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio; T-1054 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-480 de 2011, T-662 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; SU-772 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-393 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán; y T-040 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁰ En ese sentido, ver, entre otras, la sentencia T-315 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

13001-33-33-011-2020-00097-01

otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. **La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria.** (...)” (Negrillas de Sala)

Así, la jurisprudencia constitucional ha establecido¹¹ que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza o de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible. Dicho amparo es temporal, como lo establece el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991¹², en los siguientes términos: “(...) En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Así, para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de la Corte, en la providencia en cita, deben reunirse los siguientes elementos: **(i)** el perjuicio ha de ser **inminente**, es decir, que está por suceder; **(ii)** las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser **urgentes**; **(iii)** el perjuicio debe ser **grave**, esto es, susceptible de generar un daño trascendente en el haber jurídico de una persona; y finalmente, **(iv)** exige una respuesta **impostergable** para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

En ese sentido, a efectos de explicar lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008¹³, se sostuvo que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”.

De esta manera, en el asunto bajo estudio, ante la existencia de tales mecanismos de defensa judicial, en principio, la acción de tutela resultaría improcedente, en la medida en que contra los actos administrativos tanto de carácter general y abstracto como de naturaleza particular, proceden

¹¹ Ver sentencia T-160 de 2018

¹² “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”

¹³ Reiterado en Sentencia T-160 de 2018

13001-33-33-011-2020-00097-01

las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y de nulidad simple, a través de los cuales los accionantes pueden demandar e incluso solicitar la suspensión provisional tanto de la convocatoria, como del acto particular que la declaró no admitida, tal y como lo hizo la accionante en el presente asunto. No obstante, en este caso no tendría eficacia para lograr la protección de los derechos invocados.

Lo anterior por cuanto, a juicio de esta Sala, los medios ordinarios de defensa judicial no son eficaces ni idóneos para dirimir la controversia que suscitó la instauración de la acción de tutela de la referencia, esto, ante la imposibilidad de obtener una respuesta inmediata frente a la resolución de su controversia, motivo por el cual el juez constitucional puede pronunciarse de fondo sobre el asunto.

5.4.1.5. Transcendencia Iusfundamental del Asunto

En lo que corresponde a este principio, en reiterada jurisprudencia la Honorable Corte Constitucional lo estableció como un supuesto de procedibilidad de la acción de tutela que *“gira en torno al contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental.”*¹⁴

Dicho lo anterior, la Sala encuentra que en el presente asunto se presenta un debate jurídico que se ajusta a lo establecido por la Honorable Corte Constitucional respecto de la exigencia de procedencia en cuestión, toda vez que la acción de tutela gira en torno a la presunta vulneración de los derechos fundamentales de al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, a la dignidad humana, el interés superior de los niños, al debido proceso y a la igualdad de la accionante **MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO**, quien actúa en representación de sus hijos menores **JUAN DIEGO y RAFAEL DAVID VILLALOBOS BURGOS**, por parte de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**.

En consecuencia, en el presente asunto amerita un análisis detallado por parte del Juez de tutela en cuanto al contenido, alcance y goce de dichos derechos.

5.4.2. Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados

¹⁴ Sentencia SU-617 de 2014.

13001-33-33-011-2020-00097-01

por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que, de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

5.4.3. De la acción de tutela en materia de concursos de mérito.

El concurso público es un mecanismo establecido por la Constitución Política Colombiana, el cual tiene como directrices los principios de imparcialidad y objetividad, con el principal objetivo que prime el mérito como el criterio determinante para proveer los cargos públicos, eso quiere decir que, con el concurso se evalúan las capacidades, preparaciones y las aptitudes de los aspirantes al cargo.

La Corte Constitucional¹⁵ ha señalado que una entidad no vulnera derechos fundamentales cuando elimina de un concurso de méritos a un aspirante por no cumplir los requisitos exigidos para participar en el mismo, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones, (iii) la decisión se haya tomado con base en el cumplimiento de un requisito objetivo, que deberá ser, además, (iv) razonable, es decir, debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo, sin implicar discriminaciones injustificadas entre las personas y (v) ser un criterio proporcional frente a los fines para los cuales se establece.

En concursos de mérito, la convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatorio cumplimiento tanto para los participantes como para la administración, por lo tanto, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que tienen los aspirantes, a excepción de que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que estos conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria.

5.4.4. Del derecho fundamental al debido proceso en concursos de méritos.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 29 establece el derecho fundamental del debido proceso como aquel derecho que debe aplicar a cualquier tipo de actuaciones tanto judiciales y administrativas.

¹⁵ Corte constitucional, sentencia T-441 del 13 de julio de 2017.

13001-33-33-011-2020-00097-01

Este derecho fundamental está conformado por un conjunto de garantías, cuyo objetivo principal es el respeto y protección de los derechos de las personas que se encuentran incurso en una actuación sea judicial o administrativa, por tanto, todas las entidades tienen la obligación de actuar de acuerdo a los procedimientos contemplados para cada tipo de trámite.

En materia de concursos de mérito la Corte Constitucional¹⁶ ha señalado, que este debe regirse por los parámetros del debido proceso, debido a que su actividad se convierte en unas actuaciones administrativas dirigidas a la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, y, por tanto, debe garantizarse este derecho constitucional.

En ese sentido, la H. Corte Constitucional ha señalado que la convocatoria en el concurso público de méritos es la norma que de manera fija, precisa y concreta reglamenta las condiciones y los procedimientos que deben cumplir y respetar tanto los participantes como la administración. Son reglas inmodificables, que tienen un carácter obligatorio, que imponen a la administración y a los aspirantes el cumplimiento de principios como la igualdad y la buena fe, por lo tanto, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.

5.4.5. De la provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos y la protección especial de las madres y padres cabeza de familia.

El artículo 125 de la Constitución Política consagra que, por regla general, los empleos públicos son de carrera, salvo los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que establezca la ley. Asimismo, dispone que el ingreso a los cargos de carrera se hará teniendo en cuenta los requisitos de mérito y capacidad que fije la ley.

Ahora bien, la vinculación al empleo en provisionalidad es una excepción a la regla de ingreso a la carrera administrativa y se puede presentar cuando las necesidades de las entidades estatales lo exijan, así como en los eventos

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-090 del 26 de febrero 2013.

13001-33-33-011-2020-00097-01

en los que no sea posible proveer dichos empleos de manera definitiva o por encargo, de acuerdo con lo consagrado en los artículos 7 y 8 del Decreto 1227 de 2005.

El artículo 43 de la Constitución Política establece que “(...) *El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (...)*”; lo cual permite, en determinadas circunstancias (madre trabajadora) interpretar la existencia de una protección a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada.

En estudio de control abstracto, la Corte Constitucional¹⁷ determinó que el mandato constitucional de protección especial a mujeres cabeza de familia debía ser entendido en los siguientes términos: *“El apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad. (...)”*

Adicionalmente, también en ejercicio de control abstracto de constitucionalidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional¹⁸ estableció que la estabilidad laboral de mujeres cabeza de familia tiene un origen supralegal, pues responde a imperativos constitucionales, erigidos como fines esenciales del Estado Social de Derecho, disponiendo además que, *“(...) se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derecho fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado”*

Por otra parte, la Corte ha considerado que con la protección a las mujeres cabeza de familia también se busca preservar las condiciones dignas de sus hijos y de las personas que dependen de ella.¹⁹

Para la Corte Constitucional, la implementación de medidas como la estabilidad laboral reforzada para mujeres cabeza de familia, responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 44, 53 y especialmente 43 (inciso segundo) de la Constitución Política y que

¹⁷ Sentencia C-184 de 2003. Reiterado en Sentencia T-084 de 2018.

¹⁸ Sentencia SU897 de 2012. Reiterado en Sentencia T-638 de 2016.

¹⁹ Así lo precisó la Corte en la sentencia T-803 de 2013.

13001-33-33-011-2020-00097-01

constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho. Ello busca garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona, la protección de la familia y, de manera especial, la supremacía de los derechos de los niños.

En este sentido, el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, establece que: “(...) es Mujer Cabeza de familia, quien (...) ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar (...)”.

En tal virtud, la ley confiere a la mujer una especial protección en los siguientes términos: “El Gobierno Nacional **establecerá mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de familia**, promoviendo el fortalecimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales, procurando establecer condiciones de vida dignas, promoviendo la equidad y la participación social con el propósito de ampliar la cobertura de atención en salud y salud sexual y reproductiva; el acceso a servicios de bienestar, de vivienda, de acceso a la educación básica, media y superior incrementando su cobertura, calidad y pertinencia; de acceso a la ciencia y la tecnología, a líneas especiales de crédito y a trabajos dignos y estables”²⁰ (Subrayas y negrillas de Sala).

El Decreto 1894 de 2012²¹, modificatorio del Decreto 1227 de 2005²², dispuso una protección especial para las madres cabeza de familia, la cual se debería tener en cuenta antes de desvincularla de un empleo provisional. Dicha protección especial se estableció en los siguientes términos: “Artículo 7º. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (...) Parágrafo 2º. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: (...) 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia”.

²⁰ Ver artículo 3 de la Ley 82 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 1232 de 2008.

²¹ “por el cual se modifican los artículos 7º y 33 del Decreto número 1227 de 2005.”

²² “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.”

13001-33-33-011-2020-00097-01

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional (SU-388/05) ha establecido una serie de requisitos que se deben demostrar con el fin de certificar la calidad de mujer cabeza de familia, así:

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

Así, la Corte en sentencia SU 691 de 2017, citó lo que en otras ocasiones dicha Corporación ha dispuesto los requisitos para acreditar la condición de madre cabeza de familia, así: **"(i) es indispensable el total abandono del hogar por parte de la pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre; (ii) el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia. Ahora bien, (iii) la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, no es una prueba necesaria para acreditar la condición de cabeza de familia, pues dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto."** (Subrayas y negrillas de Sala)

Así las cosas, las mujeres que tienen bajo su cargo en forma permanente la responsabilidad de hijos menores propios o ajenos y de otras personas incapacitadas para trabajar y, que dependan de ella, tanto afectiva como económicamente, gozan de especial protección constitucional.

En la misma sentencia de unificación señaló la Corte, una protección constitucional por medio de la estabilidad laboral reforzada para las madres cabezas de familia; sin embargo, dispuso lo siguiente:

"(...) dicha estabilidad laboral reforzada no constituye una protección absoluta ni automática, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su lugar de trabajo. Contrario a ello, si el empleado es apartado de su cargo sin tener en consideración su condición de mujer cabeza de familia y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral especial o reforzada, siempre y cuando se verifiquen circunstancias particulares tales como el retén social o una afectación al mínimo vital.

13001-33-33-011-2020-00097-01

*(...) Como se dejó anunciado en párrafos anteriores, la protección a las madres cabeza de familia a través de la estabilidad laboral reforzada no es absoluta. **Esto implica que los servidores públicos mujeres cabeza de familia sí pueden ser desvinculadas de las entidades públicas; sin embargo, su protección laboral reforzada conlleva una la carga para la entidad consistente en demostrar una justa causa para la desvinculación. Para el caso que nos ocupa la justa causa analizada será el nombramiento de propiedad de una persona que superó las etapas de un concurso de méritos.***

5.4.6. Del aplazamiento de los procesos de selección en curso

El Decreto No. 491 de fecha 28 de marzo de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se adoptaron medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se tomaron medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del nuevo coronavirus COVID-19, estableciendo entre otras cosas, lo siguiente:

“Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.

Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria.

En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el periodo que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el periodo de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia.” (Subrayas y negrillas de Sala)

Así, los concursos de mérito que se encuentren en etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas serán aplazados hasta tanto permanezca

13001-33-33-011-2020-00097-01

vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020²³; no obstante, en los procesos que tengan lista de elegibles en firme, podrá efectuarse los nombramientos y las posesiones respectivas.

6. CASO EN CONCRETO

6.1. Material probatorio relevante.

La Sala, al examinar el expediente en medio magnético de la presente acción constitucional, encontró lo siguiente:

- Registros civiles de nacimiento de los menores JUAN DIEGO Y RAFAEL DAVID VILLALOBOS BURGOS, en donde consta que son hijos de la accionante de (10 meses y cinco años, respectivamente) y del señor HERNANDO RAFAEL VILLALOBOS SANTOYA.
- Declaración con fines extraprocesales de la señora ANGELA TERESA HOYOS MILANES, quien afirma conocer a la accionante hace 37 años; conocer su residencia y señala que con su salario mantiene a toda su familia.
- Declaración con fines extraprocesales de la señora MARIA DEL ROSARIO BARRETO CASTRO, quien afirma conocer a la accionante hace 15 años; conocer su residencia y señala que con su salario mantiene a sus hijos menores y a su madre.
- Decreto 272 del 27 de abril de 2016, por medio del cual se nombra a la accionante en provisionalidad en el empleo de Médico, Código 211, Grado 0, asignada a la Secretaría de Salud de la Gobernación de Bolívar.
- Acta de posesión del 29 de abril de 2016, a través del cual la accionante toma posesión en el cargo de Médico, Código 211, Grado 0, asignada a la Secretaría de Salud de la Gobernación de Bolívar.
- Comunicación del 31 de mayo de 2017, mediante la cual se informa a la accionante que mediante Decreto 663 de 2017, fue incorporada

²³ "Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus"

13001-33-33-011-2020-00097-01

a la Planta de Personal de la Gobernación de Bolívar, en el cargo de Profesional Universitario Área Salud, Código 237 y Grado 6.

- Acta de posesión de nombramiento en provisionalidad de la actora de fecha 1° de junio de 2017, en el cargo de Profesional Universitario Área Salud, Código 237 y Grado 6.
- Decreto 58 del 03 de febrero de 2017, por medio del cual se ajusta y adopta el Manual de Específico de Funciones para los empleos de planta de personal de la Gobernación de Bolívar.
- Acuerdo No. CNSC No. 20181000006486 del 16 de octubre de 2018, por medio del cual se establecen las reglas del Concurso abierto de méritos y se convoca para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal de la Gobernación de Bolívar, proceso de selección No 772 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte.
- Resolución No. 8020 del 28 de julio de 2020, por medio del cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes definitivas del empleo de Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 6, identificado con la OPEC No. 68738 del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación, proceso de selección No 772 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte.
- Puntuación de la accionante por la experiencia.
- Reclamación de fecha 24 de septiembre de 2019, realizada por la accionante ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, solicitando se verifique que ella cumple con los requisitos necesarios para ser admitida en la primera etapa del concurso.
- Respuesta a la reclamación anterior de fecha 09 de octubre de 2019, radicada con el Código CNSC: 242576852, expedida por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en donde ratifican que la accionante no cumple con los requisitos mínimos exigidos para el empleo ofertado en la convocatoria.
- Admisión y traslado de solicitud de medida cautelar del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de fecha 15 de julio de 2020, radicado bajo el No. 13001333300520200003900, iniciado por la accionante en contra de la CNSC y la UNIVERSIDAD LIBRE.

13001-33-33-011-2020-00097-01

- Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de fecha 09 de marzo de 2020, en donde se encuentra como demandante la señora MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO y como demandados la CNSC y la UNIVERSIDAD LIBRE.
- Decreto No. 435 de fecha 31 de agosto de 2020, expedida por el Director Administrativo de Función Pública, por medio del cual se declara insubsistente a la accionante del cargo Profesional Universitario Área Salud, Código 237 y Grado 6, de la planta de cargos de la Gobernación de Bolívar. Se anexa de igual manera, la comunicación de dicho acto de fecha 15 de septiembre de 2020.

6.2. VALORACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS DE CARA AL MARCO JURÍDICO.

Una vez verificada la procedencia de la presente acción de tutela en el caso concreto y valorado los hechos que resultaron probados de cara al marco jurídico señalado en esta providencia, la Sala para resolver el problema jurídico planteado tendrá en cuenta las siguientes consideraciones:

En el caso que nos ocupa, la actora pretende se le protejan sus derechos constitucionales fundamentales de AL TRABAJO, A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, AL MÍNIMO VITAL, A LA DIGNIDAD HUMANA, EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, AL DEBIDO PROCESO y a la IGUALDAD que considera ha sido vulnerado con el proceder de la CNSC, la UNIVERSIDAD LIBRE y el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, al conformar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 8020 del 28 de julio de 2020, sin tener en cuenta su condición de madre cabeza de familia y transgrediendo lo consagrado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020.

Cabe resaltar, que en este acápite se estudiará única y exclusivamente la responsabilidad en la presunta vulneración de los derechos invocados por la accionante, respecto de la CNSC, en la medida en que, se confirmará la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva de la UNIVERSIDAD LIBRE y del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

6.2.1. De la acreditación en debida forma de la condición de madre cabeza de familia de la señora MARIA CAROLINA BURGOS PINEDO

13001-33-33-011-2020-00097-01

La protección a las madres cabeza de familia a través de la estabilidad laboral reforzada no es absoluta. Esto implica que los servidores públicos mujeres cabeza de familia sí pueden ser desvinculadas de las entidades públicas; sin embargo, su protección laboral reforzada conlleva una carga para la entidad consistente en demostrar una justa causa para la desvinculación, que, para el caso que nos ocupa será el nombramiento en propiedad de una persona que superó las etapas de un concurso de méritos.

Ahora bien, cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido²⁴, como lo son las madres cabeza de familia que cumplen con los presupuestos establecidos en la sentencia SU-388 de 2005, puede llegar a reconocérseles la garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del retiro del servicio, dado que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo, desconozca principios superiores como el mérito que funda el sistema general de carrera administrativa o que la proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra.

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito²⁵ surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como las madres cabeza de familia, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución²⁶, y en la materialización del principio de solidaridad social²⁷, “se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.”

De manera que, reitera la Sala la declaratoria de la insubsistencia de la accionante, a través del Decreto 435 del 31 de agosto de 2020, obedeció

²⁴ Ver inciso 2° del artículo 43 de la Constitución Política.

²⁵ Ver artículo 125 de la Constitución Política.

²⁶ Ver artículo 13 numeral 3° de la Constitución Política.

²⁷ Ver artículo 95 de la Constitución Política.

13001-33-33-011-2020-00097-01

al nombramiento del empleo en carrera administrativa, en atención al cumplimiento de la lista de elegibles que se generó como consecuencia al concurso abierto de méritos para la provisión de empleos de carrera administrativa en vacancia definitiva, de la Gobernación de Bolívar.

Por otra parte, si bien la actora acreditó tener hijos menores de cinco (5) años y presentó declaraciones extraprocesales que indicaban que la misma era madre cabeza de familia, es indispensable el total abandono por parte de la pareja y de las responsabilidades que le corresponden al padre de los menores, esto es, del señor HERNANDO RAFAEL VILLALOBOS SANTOYA; pues como lo dijo la Corte²⁸, la declaración ante notario no es prueba suficiente para acreditar la condición de cabeza de familia, toda vez que dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto.

Además, no acreditó haber informado dicha condición especial a la entidad accionada, de manera que se tomaran las medidas necesarias para garantizar su condición, de ser posible.

6.2.2. De la transgresión a lo consagrado en el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020

Al respecto, el precitado Decreto Legislativo 491 de 2020 en su artículo 14 dispone que hasta tanto permanezca vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con el fin de evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera que **se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas**, los cuales deberán reanudarse una vez se supere la emergencia sanitaria.

Así mismo, indica el mencionado artículo que cuando el proceso de selección tenga lista de elegibles en firme, se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia.

²⁸ Ver Sentencia T-084 de 2018

13001-33-33-011-2020-00097-01

Para el caso del concurso de méritos efectuado para proveer vacantes definitivas de la planta de personal de la Gobernación de Bolívar y que, es objeto de controversia en la presente acción, no es posible hablarse de aplazamiento de los procesos de selección, puesto que, según lo evidenciado en el material probatorio del expediente de tutela, el mismo ya cuenta con lista de elegibles en firme; además se han hecho los respectivos nombramientos, como ocurrió en el cargo que desempeñaba en provisionalidad la accionante, razón por la cual no resulta aplicable el contenido del artículo 14 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020.

Ese orden de ideas, la Sala procede a confirmar la sentencia de tutela de fecha cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de fecha cuatro (04) de septiembre de dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, remítase el respectivo expediente a la Honorable Corte Constitucional en opción de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

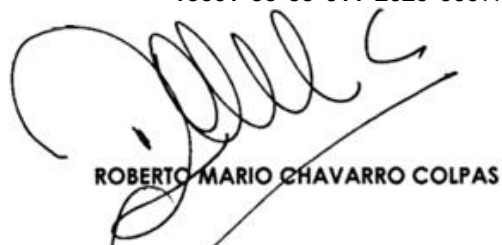
LOS MAGISTRADOS



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

13001-33-33-011-2020-00097-01


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS