



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**  
**JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN**  
[j01ccpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j01ccpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co)  
**Código 190013103001**

**Sentencia de 2ª Instancia N° 025**

Popayán, diecisiete (17) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Ref.: **Acción de Tutela**

Accionante: **Patricia Pilar Hernández Belalcázar** - Rep. Legal de  
**AISH**

Accionado: **Departamento del Cauca - Secretaría  
Departamental de Educación y Cultura del Cauca**

Vinculados: **Procuraduría 22 Judicial II de Familia y Mujer de  
Popayán, Defensoría de Familia del ICBF, Comisión Nacional  
del Servicio Civil** (en adelante **PGN, ICBF y CNSC**,  
respectivamente), y al **señor Álex Fabián Molano Hoyos**

Rad.: **190014003001-202200201-01**

Procede el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, a resolver la acción de tutela presentada por la señora Patricia Pilar Hernández Belalcázar, contra el Departamento del Cauca - Secretaría Departamental de Educación y Cultura del Cauca, requiriendo el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, a la dignidad humana, a la seguridad social, a la salud, a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo en condiciones dignas y justas, y de los derechos de la mujer cabeza de familia y de los menores, presuntamente vulnerados por dichas entidades.

**I. ANTECEDENTES**

## **1. La demanda.**

### **1.1 Pretensiones.**

La accionante, mediante medida provisional y urgente, solicitó que se le ordenara a la administración departamental, abstenerse de desvincularla del cargo de Secretaria Grado 01, código 540, que ejerce hasta el momento, hasta tanto se adoptan medidas afirmativas de protección, en razón de su condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, por ser prepensionada, y madre cabeza de familia de un menor en condición de discapacidad.

Paralelamente, que, en amparo de sus deprecados derechos fundamentales, se le ordenara a la pasiva garantizar la aplicación de las medidas especiales, contenidas en el Concepto Marco 09 de 2018, emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, de tal manera, que sea reubicada en otro cargo de igual o superiores condiciones al que venía ocupando, con similar ubicación geográfica, hasta tanto Colpensiones reconozca su pensión de vejez, y sea incluida en nómina de pensionados.

### **1.2 Fundamentos Fácticos y Probatorios.**

La accionante consideró como hechos relevantes los siguientes:

- ✓ Desde noviembre del 2005, desempeña en provisionalidad el cargo de Secretaria Grado 1, código 540, dentro de la planta global del Departamento del Cauca.
- ✓ El 5 de agosto nació su hijo, quien fue diagnosticado con déficit cognitivo severo, paraparesia, movimientos anormales, epilepsia focal, mutación missense, 302c t eng gen spast, antecedentes de hiperamonemia pr vpa, retraso mental, trastorno extrapiramidal y del movimiento, parálisis cerebral, trastorno generalizado del

desarrollo, no control de esfínteres paciente con discinesias y compromisos severos del lenguaje.

- ✓ Por lo anterior, el médico tratante le formuló tegretol y carbamazepina.
- ✓ Su condición de salud hace que sea necesaria la asistencia a citas con neuropediatría, terapias integradas, valoración por genética, fisiatría, pediatría, nutricionista, psicología por alteración en el comportamiento, psiquiatría pediátrica, especialista en dolor y cuidado paliativos, terapias ocupacionales integrales, físicas integrales, con fonoaudiólogo integral, uso de pañales y el consumo de Ensure clinical x 220 ml/ fórmula alimenticia alta en proteína, con dosificación de 180 botellas x 220 ml/ vía oral/ 1 vaso diario, además se requirió del estudio molecular.
- ✓ Las patologías que afectan a su menor hijo exigen una dieta especial, educación especial, y la contratación de un cuidador permanente, lo que conlleva elevados costos económicos, que ha tenido que sufragar con su salario, pues no cuenta con la colaboración del padre del menor, ni de su familia.
- ✓ En el momento tiene 56 años, se encuentra afiliada a Colpensiones, régimen en el cual le hacen falta 100 semanas, para cumplir con el requisito de tiempo, y así obtener su pensión de vejez.
- ✓ Se encuentra en trámite una solicitud de corrección de su historial laboral, toda vez que el Departamento del Cauca, por error, consignó sus aportes a Porvenir.
- ✓ El cargo en el que actualmente labora, fue ofertado como vacante dentro del proceso de selección N° 1136 Territorial 2019, de la Gobernación del Cauca, sin tener en cuenta su condición de prepensionada y madre cabeza de familia de un menor en condición de discapacidad.

- ✓ Con Oficio N° CAU2020ER003126 del 31 de enero del 2020, la Gobernación del Cauca le informó que, en caso de que el número de integrantes de la lista de elegibles de la referida convocatoria fuera menor a la cantidad de vacantes existentes, se implementaría un mecanismo para atender las situaciones particulares de funcionarios que presenten condiciones de estabilidad laboral reforzada.
- ✓ Mediante Resolución 2021RES-400,300,24-5414 del 10 de noviembre del 2021, la CNSC emitió la lista de elegibles de la Convocatoria Territorial 2019 Gobernación del Cauca, siendo uno de ellos el señor Alex Fabián Molano Hoyos.
- ✓ En el mes de diciembre del 2021, la accionada entidad dio a conocer la Circular N° 039, con la cual les informó, que las prometidas medidas afirmativas en favor de minorías vulnerables, no serán aplicadas, ya que la expedición del Decreto 498 de 2020, fue posterior a la mentada convocatoria.
- ✓ Como el 24 de marzo pasado, se efectuó el nombramiento en periodo de prueba del señor Molano Hoyos, próximamente quedará cesante, lo que le traerá como consecuencia un daño irreparable, dado que ya no tendría el ingreso económico para atender sus necesidades personales, y las de su menor hijo, además de que perdería la cobertura en salud para ambos.
- ✓ No cuenta con una profesión que le permita vincularse laboralmente.

Con el escrito de tutela allego copia de los siguientes documentos:

- ✓ Decreto de nombramiento en provisionalidad N° 0699 de diciembre del 2005.
- ✓ Acta de posesión N° 250.

- ✓ Registro civil de nacimiento y tarjeta de identidad de su menor hijo.
- ✓ Cédula de ciudadanía de la accionante.
- ✓ Reporte de Adres del niño AISH.
- ✓ Derecho de petición con su respectiva respuesta, brindada por la Gobernación del Cauca al radicado N° 38536 del 26 de julio de 2018.
- ✓ Certificado de afiliación a Colpensiones.
- ✓ Reporte de aportes pensionales consignados a Porvenir.
- ✓ Reporte de semanas cotizadas en Colpensiones.
- ✓ Comunicación N° BZ2021\_15297682-0715352, emanada de Colpensiones.
- ✓ Historia clínica de su menor hijo.
- ✓ Decreto N° 0514-03-2022, de la Gobernación del Cauca, junto con su respectiva notificación.

## **2. Trámite.**

La demanda fue admitida mediante Auto N° 088 del 18 de abril del 2022, en el que se ordenó notificar al representante legal del Departamento del Cauca, así como a los vinculados CNSC, a la Procuraduría 22 Judicial II de Familia y Mujer de Popayán, a la Defensoría de Familia del ICBF y al señor Alex Fabián Molano Hoyos. Allí mismo se negó el decreto de la solicitada medida provisional. Esta providencia fue debidamente notificada.

## **3. Contestación.**

**3.1. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la CNSC,** manifestó que la vía constitucional utilizada por la accionante no es la procedente, para exponer su desacuerdo con la citación para tener

acceso a las pruebas escritas dentro del citado proceso de selección, más cuando no existe perjuicio irremediable que se quisiera evitar.

Informó, que la actora participó de la mentada convocatoria; sin embargo, después de agotar las respectivas reclamaciones, la señora Hernández Belalcázar fue excluida del concurso, debido a que no aprobó el puntaje mínimo requerido en las pruebas eliminatorias.

Destacó que, para la provisión de los empleos de carrera administrativa, se deben aplicar los principios del mérito, libre concurrencia e igualdad.

Insistió, en que las condiciones de ser madre o padre cabeza de familia, prepensionada y/o estar situación de discapacidad, no son oponibles al mérito.

Argumentó, que los nombramientos en provisionalidad tienen una estabilidad laboral relativa, que cede frente al mejor derecho de quienes han ganado un concurso de méritos.

Manifestó, que desde la fecha en que cobra firmeza la lista de elegibles, 26 de noviembre de 2021, la CNSC pierde competencia frente al nombramiento en periodo de prueba de quienes fueron elegidos por mérito.

Recordó, que la convocatoria es la norma reguladora de todo el concurso, y obliga a todas las partes.

Por lo anterior, solicitó que se declarara la improcedencia de la tutela, por la inexistencia de garantías fundamentales trasgredidas.

**3.2. El Apoderado Judicial del Departamento del Cauca**, alegó que dicha entidad desconoce la condición de salud del menor hijo de la actora.

Aclaró, que no es un hecho el retiro del cargo de la tutelante, pese a que admitió, que el 24 de marzo pasado, se notificó el nombramiento en periodo de prueba al señor Alex Fabián Molano Hoyos, persona que hace parte de la lista de elegibles del concurso de méritos Territorial 2019, razón por la cual, no es cierto que dicha actuación administrativa sea arbitraria, discriminatoria o ilegal.

Resaltó que la señora Hernández Belalcázar, no acreditó su condición de madre cabeza de familia.

Consideró, que la solicitud de amparo resulta improcedente, debido a que se funda en hipótesis, y no en un hecho cierto, por lo que no existe un perjuicio irremediable que se le pudiera causar a la tutelante.

Manifestó, que contra el acto administrativo que la desvincule de su cargo, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Hizo énfasis, en la estabilidad intermedia, que tiene el nombramiento en provisionalidad de la accionante.

En escrito aparte, certificó que todos los cargos de Secretario Grado 8, código 440, fueron ofertados en la convocatoria de la Gobernación del Cauca, resultando una lista de elegibles, superior al número de vacantes. Igualmente, indicó que no existen dentro de la planta de

personal de dicha entidad, cargos similares o equivalentes al referido, ya que todos serán cubiertos con personas de concurso.

Solicitó denegar la tutela, y ordenar la desvinculación del ente departamental.

**3.3. El Defensor de Familia del ICBF**, conceptuó a favor de garantizar la estabilidad laboral reforzada de la accionante, por su doble condición de madre cabeza de familia de un menor en condición de discapacidad y prepensionada.

**3.4. El Representante del Ministerio Público, en materia de Familia**, argumentó que en el presente caso debe darse prioridad al principio del mérito que rige el ingreso a la función pública.

Solicitó al a quo, el decreto de pruebas relacionadas con las condiciones socioeconómicas del grupo familiar de la actora, con miras a establecer con veracidad, las dificultades que enfrentaría ésta, en caso de quedar cesante, dado que con el material aportado con el escrito de tutela no fueron acreditados los requisitos para ser considerada madre cabeza de hogar.

**3.5.** No hubo pronunciamiento por parte del vinculado señor Alex Fabián Molano Hoyos, pese a que fue debidamente notificado.

#### **4. Decisión del a quo.**

Frente al caso, el Juzgado de primera instancia, en la sentencia objeto de la impugnación, decidió denegar la acción de tutela, teniendo en cuenta (i) la aplicación del principio del mérito; (ii) que no existe certeza de la desvinculación laboral de la accionante, actuación que,

de darse, no obedece a una decisión caprichosa y/o arbitraria de la administración; (iii) no existe en el momento un cargo de igual o superior condición al ocupado por la actora que permita su reubicación laboral dentro de la planta de personal de la Gobernación del Cauca; (iv) la eventual condición de prepensionada de la accionante, no es argumento para garantizar su estabilidad laboral, impidiendo así el ingreso de los integrantes de lista de elegibles del concurso de méritos; (v) no fue acreditada la condición de madre cabeza de familia; y, (vi) no se probó que la tutelante haya elevado solicitud ante la Gobernación del Cauca, donde haya puesto en conocimiento sus condiciones especiales de vida.

## **5. La impugnación.**

Frente a la decisión de primer grado, la accionante decidió censurar el fallo, insistiendo en su condición de madre cabeza de familia de un menor en condición de discapacidad, que dependen exclusivamente del sueldo que devenga como empleada en provisionalidad de la Gobernación del Cauca, por lo que, al quedar desvinculada laboralmente, se le causaría un perjuicio irremediable, al enfrentarla a una condición de extrema vulnerabilidad, al no contar con ingreso económico alguno, para cubrir el pago de los servicios públicos esenciales, la alimentación, la educación especial de su menor hijo, y demás gastos básicos para la subsistencia de su grupo familiar.

Destacó, que le hacían falta 100 semanas para pensionarse, tiempo, respecto del cual, está tratando de hacer las correcciones, ya que su actual empleador erró al consignar sus aportes a pensión al fondo privado y no, a Colpensiones.

Argumentó, que la pasiva tenía la obligación de identificar a quienes ostentaban la condición de sujetos de especial protección constitucional e implementar acciones afirmativas, como, por ejemplo, la reubicación laboral en un cargo de igual o superior jerarquía, suscribir un contrato de prestación de servicios, como apoyo a la gestión o nombrarla de manera provisional.

Igualmente, aportó declaración extrajudicial fechada el 19 de abril de 2022, donde manifiesta su condición de madre cabeza de hogar, en especial la dependencia exclusiva de su menor hijo, y la ausencia de apoyo moral y económico del padre del mismo.

Manifestó que el 20 de agosto de 2021, puso en conocimiento del empleador su situación.

## **II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

### **1. La competencia.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 1º, numeral 1º, inciso 2º del Decreto 1382 de 12 de julio del 2000, este Despacho es competente para resolver la acción de tutela de la referencia en PRIMERA INSTANCIA.

### **2. El Problema Jurídico.**

En el *sub judice*, el Despacho debe determinar si el fallo de primera instancia motivo de la impugnación, se encuentra o no ajustado a la legalidad.

### **3. Tesis del Despacho.**

En el caso bajo estudio, el Despacho sostendrá la tesis de que el fallo de primera instancia debe ser modificado, en el sentido de declarar la improcedencia de la tutela, y no su negación, ante la inexistencia de vulneración de las invocadas garantías fundamentales, teniendo en cuenta, principalmente, que la alegada desvinculación laboral de la actora no se ha materializado y, de otro lado, que su condición de mujer cabeza de hogar no fue suficientemente acreditada, ya que, por las pruebas aportadas, se infiere que el padre del menor, no se ha sustraído totalmente de sus responsabilidades.

Además, la Gobernación del Cauca actuó ajustada a la legalidad, al estar imposibilitada para implementar medidas afirmativas en pro de las prerrogativas de la actora, ya que en el momento no existen cargos de iguales o superiores características al ocupado por la tutelante, que permitan su nombramiento en provisionalidad.

#### **4. Sustento jurisprudencial.**

Frente a la subsidiariedad de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha conceptuado que, cuando se pretende atacar un acto administrativo de desvinculación de un empleado público, el mecanismo de defensa judicial principal, idóneo y eficaz es la acción contenciosa administrativa, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, donde quien demanda puede solicitar medidas cautelares ordinarias y de emergencia, para proteger los derechos que considera vulnerados:

*«20. Todo lo expuesto le indica a la Sala Plena de la Corte Constitucional que **la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es, en principio, un mecanismo de defensa judicial***

**idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales de los servidores públicos desvinculados de las entidades públicas,** al estar dotado de herramientas propicias para, entre otras cosas, suspender los efectos de actos administrativos que generen perjuicios irremediables a los demandantes, en cualquier etapa del proceso y sin que el rechazo inicial de la solicitud, sea obstáculo para que posteriormente sean solicitadas las cautelas necesarias.

Así, **la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela,** por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales. Pero esto no significa la improcedencia ni automática ni absoluta de la acción constitucional de protección subsidiaria de derechos fundamentales, ya que los jueces de tutela tienen la obligación de determinar, de conformidad con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la idoneidad y la eficacia -en concreto- de los otros medios de defensa judicial atendiendo a las circunstancias particulares del solicitante. Específicamente se debe considerar: (i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados.

Por consiguiente, acorde con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, pese a la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial, **la acción de tutela puede ser procedente excepcionalmente cuando sea necesaria la actuación del juez de tutela, en principio, con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.»**<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Sentencia SU-691 de 2017

En esa misma oportunidad, con relación a los requisitos que deben ser acreditados, para ser considerada mujer cabeza de familia, esa misma Corporación consideró:

*«80. 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".*

*81. Adicionalmente, la Corte ha dispuesto que para acreditar la condición de madre cabeza de familia: (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 2º 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.*

*82. 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.*

*83. A partir de todo lo expuesto, el mandato constitucional consagrado en el inciso 2 del artículo 43 de la Constitución fundamenta, para las mujeres cabeza de familia, una protección constitucional a través de la estabilidad laboral reforzada, en aplicación directa de la Constitución. Así las cosas, ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de servidores públicos nombrados en provisionalidad, cuando esté demostrada la desvinculación de una madre que acredite ser cabeza de familia (SU-388 de 2005) y que dicha desvinculación afecta su derecho y el de sus hijos al mínimo vital, el juez de tutela, en principio, debe garantizar la protección constitucional.*

*84. No obstante, **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.»*

En otro de sus apartes, adoctrinó:

«91. A juicio de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en los casos como los planteados en el presente asunto, se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

En primer lugar, **las personas nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada**, por la naturaleza del cargo que desempeñan. Esta misma regla es, en principio, aplicable a las personas nombradas en provisionalidad.

En segundo lugar, a juicio de la Sala Plena, a los cargos de provisionalidad o de libre nombramiento y remoción **no le son aplicables reglas de prepensionados o de retén social**, menos aún en el caso de profesiones liberales.

Ahora bien, en tercer lugar, cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2º del artículo 43 de la CP), 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 de carrera o que la proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra. De esta manera, la garantía constitucional se sustenta en las siguientes hipótesis:

1. *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 los servidores públicos en provisionalidad,** 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.*

2. Sin embargo, **cuando el servidor que debe ser desvinculado ostenta la calidad de mujer cabeza de familia, la entidad deberá tener en cuenta dos situaciones antes de proceder a la desvinculación:**

2.1. Si cuenta con un margen de maniobra, reflejado en vacantes, para la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, **surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público cabeza de familia.**

2.2. Si no cuenta con margen de maniobra, la entidad debe generar los medios que permitan proteger a las madres cabeza de familia, **con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos,** esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.»

Ahora bien, el Máximo Tribunal Constitucional ha conceptuado que la procedencia de la tutela no se puede fundar en una mera suposición, conjetura, o hipotética trasgresión a los derechos fundamentales:

«En este orden de ideas, partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del mencionado Decreto, se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales. En otras palabras, **no es procedente la acción de tutela cuando se acude a ella bajo una mera suposición, conjetura, o hipotética trasgresión a los derechos fundamentales.** Al respecto, en sentencia T-066 de 2002, esta Corporación manifestó:

"(...) Con todo, ello no significa que los ciudadanos puedan desconocer los procedimientos establecidos por la ley en los diversos ordenamientos jurídicos, que para el caso que nos ocupa es la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, **acudir a la acción de tutela bajo la suposición o conjetura de que se vulnerarán derechos fundamentales por actos negativos de la administración, sin darle a ésta siquiera la oportunidad de pronunciarse en ese o en otro sentido.** No se puede llegar al absurdo de acudir a la acción de tutela sobre la base de actos que no se han proferido, esto no solo viola el debido proceso de las entidades públicas, que, valga repetirlo, también lo tienen, sino que, atentaría contra uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de asegurar la vigencia de un orden justo."<sup>2</sup> (Subrayado, negrilla y cursiva fuera de texto)

## **5. Procedencia de la Acción.**

---

<sup>2</sup> Sentencia T-883 de 2008

La acción de tutela ha sido instituida en el ordenamiento jurídico colombiano como un mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, a tal mecanismo sólo puede acudir si se cumplen los requisitos de procedibilidad establecidos normativa y jurisprudencialmente.

En tal sentido, se habla básicamente de tres requisitos generales de procedibilidad en la acción de tutela, sin los cuales no se estudiará de fondo el asunto. El primero está referido a que se invoque la protección de un derecho fundamental, ya que de ello depende la relevancia constitucional del asunto puesto en consideración. En segundo término, se encuentra el de subsidiariedad, que obliga a verificar la inexistencia de otro mecanismo de defensa para reclamar lo pretendido mediante la acción de tutela, o que existiendo uno, éste no resulte efectivo por cuanto puede causarse un perjuicio irremediable con una decisión tardía. Y finalmente, es menester estudiar la inmediatez de la acción, es decir, que el amparo se haya solicitado en un término razonable después de causada la vulneración o amenaza.

## **6. Caso Concreto.**

En el presente caso, la accionante acude al juez de tutela invocando la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, a la dignidad humana, a la seguridad social, a la salud, a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo en condiciones dignas y justas, y de los derechos de la mujer cabeza de familia y de los menores, debido a que, según expresa, va a ser desvinculada del cargo que ha ocupado en provisionalidad desde el año 2005, ya que fue nombrada en

periodo de prueba la persona que ocupó el segundo lugar de la lista de elegibles, dentro del concurso de méritos organizado por la CNSC y la Gobernación del Cauca, situación que afectaría gravemente su estabilidad familiar, pues su menor hijo presenta condición de discapacidad, y depende exclusivamente de ella en todo sentido, por lo que, al quedar cesante, ya no podría garantizarle la atención en salud, la alimentación y educación especial que requiere, así como tampoco solventar los gastos básicos de su grupo familiar, toda vez que su sustento depende del sueldo percibido por su trabajo en el ente departamental.

Por lo anterior, mediante medida provisional y urgente, solicitó que se emitieran órdenes judiciales tendientes a (i) evitar su desvinculación laboral del cargo que ocupa provisionalmente; (ii) se adopten medidas afirmativas de protección, en razón de su condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, al ser madre cabeza de familia de un menor en condición de discapacidad y por su estatus de prepensionada; igualmente, que con la decisión de fondo (iii) se permita su reubicación en un cargo de iguales o superiores condiciones al que venía ocupando, con similar ubicación geográfica, hasta tanto Colpensiones reconozca su pensión de vejez y sea incluida en nómina de pensionados.

La CNSC centró sus argumentos en que (i) las condiciones de ser madre o padre cabeza de familia, prepensionado y/o en situación de discapacidad, no son oponibles al mérito; (ii) la estabilidad laboral relativa que ostentan quienes han sido nombrados en provisionalidad debe ceder ante al mejor derecho de quienes han ganado un concurso de méritos; y, (iii) a partir de la firmeza de la lista de elegibles, pierde competencia para pronunciarse frente al

nombramiento en periodo de prueba de quienes fueron elegidos por mérito.

El Departamento del Cauca, por su parte, alegó en su defensa que (i) la entidad que representa desconoce la condición de salud del menor hijo de la actora; (ii) todavía no se materializa la desvinculación laboral de la actora, ya que la persona que fue nombrada aún no se posesiona del cargo; (iii) dicho nombramiento no obedece a un actuar arbitrario, discriminatorio e ilegal de la administración; (iv) la actora no acreditó su condición de madre cabeza de familia; (v) no existe un perjuicio irremediable que se pudiera causar a la tutelante; (vi) recordó que la señora Hernández Belalcázar dispone del mecanismo de defensa ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; (vii) aclaró que el nombramiento en provisionalidad tienen estabilidad laboral intermedia; (viii) certificó que no existen cargos vacantes, que puedan ser ocupados por la actora.

La Defensoría de Familia del ICBF, conceptuó favorablemente para que se garantizara la estabilidad laboral reforzada de la accionante, por su doble condición de madre cabeza de familia de un menor en condición de discapacidad y próxima a pensionarse.

La Procuraduría de Familia y Mujer de esta ciudad, teniendo en cuenta que no fue acreditada la condición de madre cabeza de hogar, por parte de la accionante, consideró que debía darse prioridad al mérito, el cual rige el ingreso a la función pública.

El vinculado señor Álex Fabián Molano Hoyos, pese a que fue debidamente notificado, no se pronunció frente a la demanda.

El fallo de primer grado denegó la invocada salvaguarda, considerando como argumentos (i) la aplicación del principio del mérito; (ii) la no certeza de la desvinculación laboral de la accionante, actuación que, de darse, no obedece a una decisión caprichosa y/o arbitraria de la administración; (iii) no existe en el momento un cargo de igual o superior condición al ocupado por la actora que permita su reubicación laboral dentro de la planta de personal de la Gobernación del Cauca; (iv) la eventual condición de prepensionada de la accionante no es argumento para garantizar su estabilidad laboral, impidiendo así el ingreso de los integrantes de lista de elegibles del concurso de méritos; (v) no fue acreditada la condición de madre cabeza de familia; (vi) no se probó que la tutelante haya elevado solicitud, donde haya expuesto sus condiciones especiales de vida.

Por lo anterior, la promotora de la acción constitucional interpuso la censura, insistiendo en su dependencia exclusiva del sueldo que percibe como Secretaria de la Gobernación del Cauca, su doble estatus de prepensionada, y madre cabeza de hogar de un menor en condición de discapacidad, por lo que, al quedar cesante, le produciría un perjuicio irremediable, al no tener los medios económicos para garantizarle a su prole, y a sí misma, un sustento básico y las condiciones especiales de alimentación, salud y educación que aquel requiere. En esta oportunidad, aportó declaración extrajudicial fechada el 19 de abril de 2022, donde consignó su condición de madre cabeza de hogar, argumentando que el 20 de agosto de 2021, puso en conocimiento del empleador su situación.

Descendiendo al caso bajo estudio, el Despacho, como lo había manifestado en la tesis frente al problema jurídico a resolver, con la modificación indicada, confirmará lo decidido por el *a quo*, fundándose para ello en que:

- ✓ Lo manifestado por la actora, respecto de su desvinculación laboral, no es un hecho cierto e inminente, toda vez que, por información telefónica brindada al Despacho por el señor Álex Fabián Molano Hoyos, quien fue nombrado en periodo de prueba en el cargo que ocupa en provisionalidad la actora, se tiene que éste solicitó prórroga hasta mediados del mes de agosto próximo, para posesionarse, lo cual conlleva a que lo alegado por la actora, por ahora, no sea más que, una mera posibilidad de quedar cesante.
- ✓ La presunta desvinculación de la accionante no obedece a un actuar arbitrario, ni caprichoso, por parte de la administración departamental, pues, desde el año 2019, públicamente se sabía de la existencia del proceso de selección Territorial 2019, para proveer cargos como el que actualmente ocupa la señora Hernández Belalcázar, quien al parecer no tomó las medidas previsivas, que disminuyeran al máximo la afectación de la calidad de vida propia y la de su menor hijo, ni siquiera puso en conocimiento de dicha situación a su empleador, quien, según manifestó en la contestación, desconocía la condición de salud del adolescente.
- ✓ El Departamento del Cauca, en este caso, no tiene margen de maniobra, para adelantar las solicitadas medidas afirmativas, en favor de la accionante, dado que, como fue certificado, por ahora no existen vacantes que la tutelante pudiera ocupar en provisionalidad, ya que todas fueron ofertadas dentro de la convocatoria, y para cada cargo similar al ocupado por la actora existe una lista de elegibles, superior al número de vacantes; máxime cuando, como así lo arguye el vinculado CNSC, los nombramientos en provisionalidad tienen una estabilidad laboral relativa, que cede frente al mejor derecho de quienes han ganado un concurso de méritos

- ✓ Sobre su condición de madre cabeza de familia, si bien fue allegada tardíamente declaración extraprocesal, documento que el Juzgador de primer grado no tuvo oportunidad de estudiar, llama la atención del Despacho, que en la historia clínica del menor<sup>3</sup>, aportada con el escrito de tutela, en varios de sus apartes figura como responsable del menor durante la cita médica el padre del mismo, incluso el galeno hace mención a su participación activa en pro de la atención de salud de su hijo, por lo que no se puede considerar cumplidos los requisitos exigidos jurisprudencialmente, respecto de la condición de mujer cabeza de hogar, pues no se tiene total certeza del alegado **abandono total del progenitor**, más cuando éste actualmente aparece reportado como cotizante del régimen contributivo del sistema de salud, es decir, que se trata de una persona que es laboralmente activa, por lo tanto, ante una eventual desvinculación de la madre del menor, tendría la obligación legal de acudir en su auxilio, vinculándolo como su beneficiario al SGSSS, además de los restantes deberes frente al sostenimiento de su hijo, derechos que la actora puede hacer valer a través de un proceso de fijación de cuota de alimentos.
- ✓ Mientras tanto, en caso de quedar cesante, cabe la posibilidad para la actora de hacerse beneficiaria del subsidio de desempleo, a que tiene derecho por haber realizado aportes a una caja de compensación familiar, lo que, entre otros aspectos, le garantiza afiliación al SGSSS.
- ✓ Igualmente, se observa que la accionante, pese a que es consciente de las inconsistencias en su historial laboral, no ha adelantado la acción legal para su respectiva corrección, para que, en caso de que dicho proceso prospere, poder acceder a la pensión de vejez o a la especial de vejez por hijo en condición de invalidez.

---

<sup>3</sup> Entre otros, los folios 70 al 76 del archivo de escrito de tutela

Así las cosas, como ya se había manifestado, y sin más disquisiciones, la decisión de primer grado será modificada, en el sentido de declarar la improcedencia de la acción de tutela, confirmándola en todo lo demás, y así se declarará en la parte resolutive de este fallo, por lo antes considerado.

### **III. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Popayán (C), el día 29 de abril del 2022, dentro de la presente Acción de Tutela, impetrada por la señora Patricia Pilar Hernández Belalcázar en nombre propio, y en representación legal de su menor hijo AISH, contra el accionado Departamento del Cauca - Secretaría Departamental de Educación y Cultura del Cauca, en el sentido de **DECLARAR** la improcedencia de la solicitud de amparo de la referencia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** el censurado fallo en los puntos restantes.

**TERCERO: NOTIFÍQUESE** esta determinación a los interesados, conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1.991.

Referencia: Acción de Tutela (2ª Instancia)  
Accionante: Patricia Pilar Hernández Belalcázar Rep. Legal de AISH  
Accionada: Departamento del Cauca - Secretaría Departamental de Educación y Cultura del Cauca  
Vinculados: Procuraduría 22 Judicial II de Familia y Mujer de Popayán, Defensoría de Familia del ICBF, a la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante PGN, ICBF y CNSC, respectivamente), y al señor Alex Fabián Molano Hoyos.  
Rad: 190014003001202200201-01

**CUARTO: REMÍTASELE** electrónicamente la demanda de tutela, el auto admisorio, la contestación, el fallo de primera instancia, el escrito de impugnación, y esta sentencia de segunda instancia, a la H. Corte Constitucional, para su eventual **REVISIÓN**.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Firmado Por:**

**James Hernando Correa Clavijo  
Juez Circuito  
Juzgado De Circuito  
Civil 001  
Popayan - Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**b657887bb90ffec1d64b765e733ff529aa46067ddc5650dace4  
8ac6ffdb1f1bc**

Documento generado en 17/05/2022 10:19:45 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**