

JUZGADO TERCERO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE

Popayán, Cauca, catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA No. 0124

ASUNTO A TRATAR

Se pronuncia el Despacho sobre la acción de tutela interpuesta por la señora SANDRA MILENA VALENCIA, en contra de la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA mediante su representante o quien haga sus veces, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL, IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, MÍNIMO VITAL.

LA ACCIÓN PLANTEADA

La acción interpuesta busca la protección de garantías fundamentales presuntamente vulneradas por la entidad demandada, en consecuencia, solicita que se ordene disponer su reintegro como beneficiaria del Retén Social, y así sea en una planta transitoria de cargos se haga su nombramiento, limitando la contratación a través de contratos de prestación de servicios, para que pueda desempeñar mis funciones de acuerdo a mi cargo. Así mismo, solicita que en consecuencia se le reconozca y pague a su favor los salarios, prestaciones sociales y demás acreencias dejados de percibir, desde la fecha de mi retiro, hasta cuando ocurra mi reintegro al empleo sin solución de continuidad. Ordenar que se cumplan las previsiones del Decreto 1415 de 4 de noviembre de 2022.

SUSTENTO FÁCTICO

Sostiene inicialmente la parte actora que, fue vinculada como empleada pública en el Departamento del Cauca por Decreto No. 1181 -09-2002, que por el mismo decreto fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Grado 01, Código 5335, en la planta de personal administrativo de la Escuela Rural Mixta de Tarativa, Municipio de Inzá.

Afirma que, en el año 2019, el Departamento del Cauca hizo convocatoria territorial para proveer cargos dentro de la oferta pública de empleos de carrera, incluyendo su cargo.

Afirma que, por petición del 17 de enero de 2020, solicitó al Departamento del Cauca que protegiera mi estabilidad laboral por ser persona madre cabeza de familia debido que tengo a cargo de manera exclusiva a mi hija menor LAURA SOFIA CRUZ VALENC, al cual le dieron respuesta el 31 de enero de 2020, en el que le indicaron, que entre otros debía acreditar su condición. Afirma que el 07 de diciembre de 2021, nuevamente realizó la petición sin que le hubieren emitido respuesta alguna, razón por la cual, el 16 de febrero hogaño, radica derecho de petición ante el

departamento, para el cual le informan que no pueden acceder a su petición en aplicación a la Estabilidad Laboral Reforzada respecto a la desvinculación por efectos del concurso de méritos - Convocatoria 1136 de 2019.

Por último, indica que laboró hasta el día 02 de mayo de 2022, y El Departamento del Cauca, sin tener en cuenta su condición (madre cabeza de familia) la retiró de su cargo y nunca le notificó el acto Administrativo por la cual se le informara la fecha de su retiro, y precisa que aun cuando han nombrado a una persona de la lista de elegibles, existen contratistas prestando sus servicios como auxiliares de servicios generales.

TRÁMITE A LA SOLICITUD DE AMPARO

El veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022), mediante auto No 443 el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD POPAYÁN (CAUCA), resolvió "PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir de la providencia de fecha 17 de mayo de 2022, inclusive, proferida por el JUZGADO TERCERO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DE POPAYÁN, y en consecuencia, ordenase al Juzgado de conocimiento, renovar la actuación anulada, integrando debidamente el contradictorio, y ordenando cualquier otra vinculación que acaso resulte necesaria, sin perjuicio de la validez de las pruebas practicadas, en los términos del inciso 2° del artículo 138 del Código G. del P."

En consecuencia, este despacho mediante AUTO No. 2420 Popayán, cinco de julio (05) del año dos mil veintidós (2022), PRIMERO: OBEDECER y CUMPLIR la orden de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022) proferida por el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD POPAYÁN (CAUCA). SEGUNDO: ADMITIR nuevamente la ACCION DE TUTELA incoada por la señora SANDRA MILENA VALENCIA en contra de La DEPARTAMENTO DEL CAUCA. TERCERO: REQUERIR al Departamento para que reporte en el término de un (1) día el nombre, teléfono, email y dirección de residencia, de la persona que por concurso ocupó el cargo de auxiliar de servicios generales que desempeñaba la señora SANDRA MILENA VALENCIA, y las demás personas que participaron en la Convocatoria Territorial 2019 - Gobernación del Cauca, concretamente, respecto de los participantes a la convocatoria Territorial 1136 de 2019 del cargo AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES grado 6, lo anterior a efectos de vincularlo al presente trámite constitucional, so pena de realizar la vinculación con su personal y allegar la evidencia de dicho trámite. CUARTO: VINCULAR a los terceros interesados en el concurso de méritos - Convocatoria 1136 de 2019 y a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNCSQUINTO: NOTIFICAR a la autoridad accionada y a los vinculados, a través de su representante o quien haga sus veces y REQUERIRLE con el objeto que informe todo lo relacionado con los antecedentes que han motivado la presente acción. SEXTO: ORDENAR a la entidad accionada - DEPARTAMENTO DEL CAUCA para que una vez le sea notificada la presente decisión de manera INMEDIATA se publique el presente auto admisorio y el escrito de tutela, en su página web, dicha gestión deberá ser informada al Despacho, en el término de un (1) día. Lo anterior a fin de que las personas que aprobaron el concurso de méritos - Convocatoria 1136 de 2019 y los terceros interesados puedan hacerse parte en el presente trámite constitucional. SEPTIMO: REQUERIR al DEPARTAMENTO DEL CAUCA para que alleguen a este trámite tutelar todos los actos administrativos generales y particulares que contienen las reglas del concurso, así como los que se relacionen directamente con la inconformidad de la parte actora"

Se precisa que en el expediente obra evidencia de la publicación de este trámite tutelar en la página web del DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

CONTESTACIONES

La **GOBERNACION DEL CAUCA** manifestó inicialmente que en un caso de iguales características el tribunal Superior del Distrito de Popayán, precisó que a la accionante (...) *no le asiste la razón a la actora, por cuanto la lista de elegibles es un acto administrativo de carácter particular, creador de derechos, que impone a la administración, la forma como ha de proveer los cargos que fueron objeto de concurso (...)*"

Así mismo precisó que tal como la misma accionante lo señala, su nombramiento se hizo en provisionalidad, que es cierto que la accionante hubiera solicitado que le fuera protegida su estabilidad, y que para el presente caso, es preciso atender al principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible -esto es, ni personas naturales, ni jurídicas-, por lo tanto, le resulta imposible al Departamento del Cauca, desplegar competencia sobre una asunto que ha sido implantado normativamente en otra entidad, es decir la CNSC.

Afirman que existe una falta de legitimación por pasiva pues sostiene que a la Gobernación del Cauca le correspondió únicamente la consolidación de la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC en el aplicativo que para tal fin diseñó la CNSC, denominado Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad - SIMO, momento procesal en el cual la parte accionante, a pesar de señalar que desde ese tiempo padecía de esa situación de indefensión, no realizó ningún tipo de oposición; pero de ninguna manera le corresponde tomar decisiones respecto de la protección de la supuesta calidad en la que dice actuar la parte accionante, como quiera que el acto administrativo que se reprocha fue emanado directamente de la CNSC, **pues es ese órgano estatal quien debe señalar el listado de personas a las cuales debe nombrarse, y, como consecuencia de éste, el departamento del Cauca debe proceder con el nombramiento de las personas que ganaron el concurso según las listas entregadas.**

por último, afirman la improcedencia de la tutela al no ser mecanismo subsidiario, pues argumentando que existe un juez natural, que, para el caso, resulta ser el juez de lo contencioso administrativo, por tanto, solicita no acceder a las pretensiones de la demanda de tutela, declarar probadas las excepciones frente al Departamento del Cauca alegadas en el presente escrito y declarar la improcedencia de la acción de tutela.

La **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** manifestó que la convocatoria es norma reguladora de todo concurso, en este sentido lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia SU 446 de 2011 *"La convocatoria es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes, y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes"*. Informó que en los procesos de selección, tienen 3 fases, la fase de planeación que es conjunta con la Entidad, el desarrollo del proceso que va desde la Convocatoria hasta la adopción y conformación de la lista de elegible a cargo de la CNSC y lo relacionado el nombramiento en periodo de prueba de los elegibles de quienes alcanzaron una posición meritoria y precisó que la competencia de la CNSC estuvo hasta la adopción, conformación y firmeza de la lista de elegibles lo cual para el

presente caso, indicó ya había sucedido por tanto solicitó desvincular a la Comisión por falta de legitimación debido a que el estado de los provisionales y de la planta de personal es responsabilidad única y exclusiva de la entidad.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA: De conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, el art. 1° del Decreto 1983 de 2017, en concordancia con lo previsto en el Decreto 333 de 2021, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

PLANTEAMIENTO JURÍDICO:

¿Vulnera la GOBERNACION DEL CAUCA los derechos fundamentales de la señora SANDRA MILENA VALENCIA, al haber nombrado a una persona de la lista de elegibles conformada dentro del concurso de méritos - convocatoria 1136 de 2019, sin atender su condición de madre cabeza de familia?

La respuesta al anterior planteamiento es **negativa**, pues este juzgador considera que el presente ruego tuitivo acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional es improcedente, pues ya existe una lista de elegibles, por tanto, existen otros mecanismos idóneos para resolver las pretensiones de la accionante, que no permiten que en el presente caso se cumpla el requisito de subsidiariedad que debe revestir este mecanismo.

En aras de sustentar la tesis antes expuesta el despacho de manera breve, hace las siguientes precisiones:

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS

Algunos vinculados en esta acción de tutela convergen en señalar que la solicitud de amparo es improcedente, toda vez que contra los actos de la convocatoria se pueden ejercer los mecanismos jurisdiccionales que la ley dispone para el efecto.

Sin embargo, esta Sala se ha decantado por la tesis según la cual " (...) tratándose de concursos de mérito, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-049 de 2019, conservando la línea jurisprudencial que se ha expuesto al respecto, se pronunció para señalar que la acción de **tutela es procedente, siempre y cuando no se haya expedido la lista de elegibles**, pues, en este caso, al existir derechos subjetivos en favor de los participantes, **lo procedente es ejercer los medios ordinarios de defensa, para debatir los vicios en que se hubiere incurrido**, tesis que coincide con los pronunciamientos que esta Corporación ha emitido ." (negrita propia)

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha aclarado que "la razón por la cual, hoy en día se acepta la procedencia de la acción de tutela contra los actos proferidos **dentro de los concursos de méritos**, radica, no en que dichos mecanismos no sean eficaces, pues para ello se cuenta con la posibilidad de solicitar el decreto de medidas cautelares, sino, porque esos actos, expedidos durante el trámite del concurso, si bien pueden definir la situación de ciertos

aspirantes, son actos preparatorios, que no son enjuiciables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.” (negrita propia)

DE LA ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD.

Los funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia que se traduce en que el acto administrativo por medio del cual se produzca su desvinculación del servicio debe **encontrarse debidamente motivado y obedecer a una causa previamente señalada en la ley**; asimismo, se ha reconocido que si se trata de personas que son **sujetos de especial protección por parte del Estado, tales como padres o madres cabeza de familia sin alternativa económica**, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, implica un análisis de ponderación a la hora de decidir sobre su retiro del servicio.

En efecto, cuando la vigencia de la estabilidad laboral de personas nombradas en provisionalidad que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta se ve afectada debido a la necesidad de proveer los cargos por concurso público de méritos, **se genera una tensión entre dos principios fundamentales**, de un lado, el derecho del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos y, del otro, los derechos fundamentales de aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales merecen una protección especial por parte del Estado, de forma que para resolver el asunto es necesario realizar un ejercicio de ponderación entre esos dos principios.

En tal sentido, se ha reconocido que es obligación de la administración llevar a cabo la ponderación respectiva, sin que ello signifique un desconocimiento pleno y absoluto de los derechos de las partes involucradas, pues, aunque es cierto que la provisión de cargos públicos a través del régimen de carrera es un mandato constitucional, artículo 125 C.P., el respectivo nominador debe propender porque, en la medida de las posibilidades con que se cuentan, se garantice, de forma correlativa, el derecho de las personas que se encuentran en especiales condiciones de protección, como lo son, entre otros, los padres y madres cabeza de familia

“Es menester recordar que la Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales y los regímenes especiales de creación constitucional. El propósito de tal previsión es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador.

De modo que quien participa y supera satisfactoriamente las etapas de un concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso a la función pública, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad, pues estos últimos gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia dado que dicho cargo debe proveerse por medio de un proceso de selección.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, «concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de

estabilidad laboral en aquellos casos, **a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa».**

Y es que en ese contexto entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del actor al ser desvinculado de su cargo quedando sin ingresos y teniendo a sus hijos que dependen económicamente de él.

Para dirimir ese conflicto la autoridad administrativa deberá realizar un juicio de ponderación, interpretando las normas de manera razonable y compatible con los derechos fundamentales de los afectados. Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos hayan sido provistos por el concurso, la administración estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del actor por las condiciones que aquí manifiesta¹.

CASO EN CONCRETO. En el presente asunto se encuentra demostrado que la señora SANDRA MILENA VALENCIA fue trabajadora de la gobernación del cauca, hasta el 02 de mayo del presente año, quien ocupaba en el cargo de auxiliar de servicios generales, cargo en el que actualmente se encuentra nombrado en propiedad una persona elegida de la lista de elegibles conformada en razón al concurso de méritos - Convocatoria 1136 de 2019.

La gobernación accionada, precisó que era cierto que fuera trabajadora de la gobernación, sin embargo, señaló que su desvinculación obedeció al nombramiento de una persona elegida de entre las que conforma la lista de elegibles emitida en virtud del concurso de méritos - Convocatoria 1136 de 2019, además informó que este no es el mecanismo para acceder a las pretensiones de la tutelante al no cumplir con el requisito de la residualidad, alegó una falta de legitimación por pasiva, indicando que siguieron los lineamientos del concurso señalados por la comisión nacional del servicio civil, además de no haberse acreditado el perjuicio irremediable. Sea lo primero indicar que la condición de madre cabeza de hogar, de la accionante, por sí sola, no es un criterio que conlleve a desconocer los derechos de quienes participaron en la convocatoria y más aun de quienes actualmente conforman la lista de elegibles, pues como se dijo líneas arriba todos los participantes deben observar el marco jurídico de la convocatoria, tanto la accionante como la entidad accionada.

Ahora bien, sobre el particular desde ya se precisa que acorde con la jurisprudencia arriba en cita, la accionante cuenta con otros mecanismos ordinarios de defensa que, en principio, hacen improcedente la presente acción constitucional, en tanto, la discusión se suscita sobre el acto administrativo que declara terminado el nombramiento en provisionalidad (sea que lo tenga en su poder y/o no le haya sido notificado), le habilita para acudir ante los Jueces Administrativos, en ejercicio de los medios de control dispuestos para la controversia de los actos administrativos de dicha naturaleza, pudiendo incluso, solicitar el decreto de medidas cautelares que le garanticen la protección inmediata de sus derechos.

¹ Sentencia T-003 de 2018.

No obstante, y como quiera que la condición especial alegada en este asunto, como lo es la posición de madre cabeza de familia, puede, eventualmente, configurar la concurrencia de un perjuicio irremediable, procederá este Juzgado a analizar si la accionante, en efecto, es sujeto de especial protección, y por tanto, si las decisiones tomadas por la accionada, han trasgredido sus derechos fundamentales.

Así, al revisarse las actuaciones obrantes en el plenario, se observa que la vinculación de esta persona al cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Grado 01, Código 5335, en la planta de personal administrativo de la Escuela Rural Mixta de Tarativa, Municipio de Inza - Cauca, se realizó en provisionalidad y surgió ante la existencia de una vacante de carácter meramente temporal, en el entendido de que, por tratarse de un cargo público, su provisión debe darse por el sistema de carrera administrativa, de suerte que la accionante era plenamente consciente de que su cargo podía, en cualquier momento, ser ocupado por la persona que ostentara el derecho de ser nombrada en carrera.

Ahora bien, la accionante solicita que su condición de madre cabeza de familia, sea reconocida a efectos de ordenar a la Gobernación del Cauca que proceda a reubicarla en un cargo de iguales o mejores condiciones; sin embargo, una orden de tal talente, no puede ser proferida por el Juez de tutela, por una circunstancia específicas, y es que el nombramiento en el cargo referido, es un asunto que compete de forma exclusiva al nominador, sin que pueda el Juez Constitucional, arrogarse una función que no le compete.

Así mismo, observa esta Sala que la señora BLANCA CECILIA CAMARGO ÁVILA, si bien alegó la condición de sujeto de especial de protección constitucional por su calidad de «*madre cabeza de familia*», la Corte Constitucional en sentencia T-003 de 2018 señaló que por esa sola condición «*no existe un derecho fundamental a permanecer en el cargo por lo que, en principio, no se puede amparar por tutela*», y que dichas personas solamente pueden ser apartadas de un empleo en provisionalidad «por motivos disciplinarios, **porque se convocara a concurso para llenar la plaza de manera definitiva** o por razones del servicio» (negrita propia)

Así las cosas, como la accionante fue retirada del cargo a raíz del nombramiento de una persona que superó el concurso de méritos ofertado en la Convocatoria 1136 de 2019, no es posible acceder a la protección constitucional en el presente caso, pues al existir una razón objetiva y legítima para la desvinculación de la accionada, **no es procedente la petición encaminada a mantener el empleo que ocupaba en provisionalidad o su reubicación laboral.**

Por lo expuesto, este juzgador negará el presente ruego tuitivo, pues, en primer lugar, la accionante cuenta con otros medios ordinarios de defensa que le permiten ventilar sus pretensiones ante la jurisdicción contencioso administrativa y, segundo, la razón

para declarar la terminación de su vínculo laboral obedeció a una causal objetiva sin que sea procedente el amparo por vía de tutela.

En mérito de lo expuesto, El Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y competencia Múltiple, "Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley",

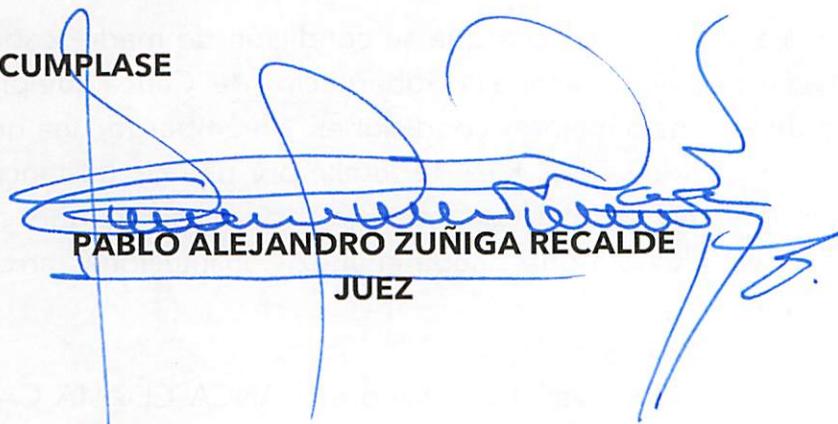
RESUELVE

PRIMERO: NEGAR por improcedente la tutela presentada por la señora **SANDRA MILENA VALENCIA**, en contra de la GOBERNACION DEL CAUCA, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: COMUNICAR la presente decisión a las partes, por el medio más eficaz para los fines pertinentes.

TERCERO: De no ser impugnada esta decisión, dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



PABLO ALEJANDRO ZUÑIGA RECALDE
JUEZ