REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL

FUNCIONES DE CONOCIMIENTO

TIMBIO CAUCA

198074089002-2022-00038-00

SENTENCIA DE TUTELA No 20

Timbío, Cauca, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Acción:	Tutela
Expediente:	198074089002-2022-00038-00
Accionante:	YANETH PERAFAN GALLARDO
Accionado:	GOBERNACIÓN DEL CAUCA

Procede el Despacho decidir la Acción de Tutela, impetrada por la señora, YANETH PERAFAN GALLARDO, quien actúa en nombre propio, en contra de la GOBERNACIÓN DEL CAUCA a través de la cual se solicita la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por la entidad accionada.

I. ANTECEDENTES.

1.1. HECHOS

Los supuestos de hecho narrados dentro del libelo tutelar referenciado se sintetizan por el Juzgado de la siguiente manera:

Refiere la accionante que es madre cabeza de hogar, y que tiene a su cargo una hija menor de edad y un hijo de 21 años, ambos estudiantes, sostiene que ostenta la calidad de víctima, pues su esposo y padre de sus hijos el señor YON QUEMER ERAZO TOSNE, fue asesinado el 29 de noviembre de 2014.

Sostiene que quedó desamparada y sin ingresos, situación que la obligó a vivir de la caridad o trabajos eventuales para mantener a sus hijos, condición que se superó gracias al nombramiento como secretaria en la Institución Educativa Guillermo Valencia de Timbío.

Señala que mediante No 1067 de septiembre 09 de 2020, se terminaron unos encargos y nombramientos temporales en la planta de cargos de la Gobernación del Departamento del Cauca, con ocasión del cambio de periodo de evaluación de desempeño laboral dado que los cargos se encontraban sustentados con evaluación anual que ya perdió vigencia. Destaca que mediante artículo trigésimo noveno se efectúa nombramiento en provisionalidad de YANETH PERAFAN GALLARDO, mayor de edad, identificada Con Cédula de Ciudadanía No 34.555.755 de Timbío en el cargo denominado SECRETARIO Código 440, grado 08 en calidad de Provisionalidad en la Institución Educativa Guillermo Valencia, sede Principal.

Manifiesta que mediante acta de posesión No 267 de 27 de octubre de 2020, se realiza la posesión de un nombramiento en vacancia definitiva por medio de decreto 1120 de 05 de octubre de 2020 en dicha institución.

Aclara que en el cargo de secretaria se encontraba la señora ANA LUISA FAJARDO VARGAS y en el cargo de secretaria de tesorería; MIRIAM BUITRAGO DURAN quien era la encargada de la plataforma del SIMAT. Ambas renunciaron en razón al reconocimiento de pensión de vejez, por lo tanto, existen dos cargos con similares condiciones en vacancia definitiva.

Relata que el día 7 de abril de 2022, se hizo presente el señor DIEGO FERNANDO NOVOA ROMERO, en razón a su nombramiento en propiedad en el cargo de Secretario Código 440, grado 8 de la Institución Educativa mencionada, situación que la tomó por sorpresa, pues no sabía que el cargo en el cual se desempeñaba sería ofertado aunado que la rectora le informa verbalmente que el cargo que ocupa no fue ofertado como vacante para los concursos.

Expone que le parece extraño que se observa en el decreto No 0500 de marzo de 2022 no ha sido publica en la página de secretaría de educación, como también que la Gobernación haya enviado el remplazo del cargo que ocupa y del que ocupaba la señora ANA LUISA, quedando vacante y sin proveer el de la señora MIRIAM BUITRAGO DURAN.

Argumenta su petición en la sentencia T 663 - 2011, T -576-1998, T 198-2006, T-633 DE 2011, Ley 790 de 2002, artículos 13, 43, 44, 46 y, 47 CN.

Declara que es una madre cabeza de familia con dos hijos, sin trabajo, sin nadie que pueda sustentarla, que ostenta la calidad de víctima, a fin de evitar que se siga revictimizando, considera que se debe garantizar por parte de la gobernación del Cauca, incorporación a un cargo vacante de iguales o mejores condiciones que se encuentre vacante en la misma institución educativa GUILLERMO VALENCIA.

En consecuencia, se solicita al Juez de Tutela, lo siguiente: "*1. Garantizar los derechos fundamentales de la señora YANETH PERAFAN y sus Hijos JHON ALEJANDRO ERAZO PERAFAN E I. E. P., al mínimo vital, al trabajo, vida digna. 2. Como consecuencia de lo anterior se ordene a la Gobernación del Cauca, Secretaría de educación Departamental, nombrar en un cargo igual o superior a la señora YANETH PERAFAN"*

1.2. TRAMITE IMPARTIDO

La solicitud fue repartida a este Juzgado mediante correo electrónico el día 19 de abril de 2022. Con auto de la misma fecha, se dispuso la admisión de la acción, la notificación, traslado a la entidad accionada y la vinculación de la PERSONERÍA MUNICIPAL DE TIMBÍO en representación de la menor de edad, a LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAUCA, A LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA GUILLERMO VALENCIA, A LA COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL por intermedio de sus representantes legales, y al señor DIEGO FERNANDO NOVOA ROMERO quién fue nombrado en el cargo desempeñado por la accionante.

Las partes fueron debidamente notificadas el día 20 de abril hogaño

A su turno la Personería Municipal de Timbío, la Comisión Nacional de Servicio Civil y la Gobernación del Cauca presentaron sus descargos, según escrito

allegado al correo institucional del juzgado dentro de la oportunidad otorgada para tal efecto.

Una vez proferido y notificado el fallo de tutela el 2 de mayo, fue objeto de impugnación en el cual la accionante aporta registro civil de nacimiento de los menores, se concedió la impugnación y se remitio oportunamente siendo conocido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Popayán, quien ordena mediante auto del 16 de mayo de la presente anualidad se vincule a la Defensoría del ICBF, a la Personería delegada para asuntos de la Infancia, la adolescencia y la Familia y a la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del cauca.

Con auto de la misma fecha se dispuso las vinculaciones ordenadas por el superior, además se vinculó a la lista de elegibles para el cargo de secretario, código 440, grado 08 contenida en la resolución Número 5114 del 10 de noviembre de 2021, no se vinculó a la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del cauca en razón a que fue debidamente notificada con el auto admisorio mediante oficio No 936 al correo proporcionado para notificaciones judiciales sedcaucaweb@cauca.gov.co

Mediante oficio No 291 del 18 de mayo, el Doctor HERNÁN ASTAIZA LASSO, en calidad de Procurador 22 Judicial II de Familia Popayán, comunica que para el efecto delega a la Personería de Timbío, quien a su vez allega respuesta en el mismo sentido antes aportada.

A su turno la Comisión Nacional de Servicio Civil a través del Dr. JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SÁNCHEZ MURCIA, aporta la constancia de notificación en la página correspondiente en cumplimiento a la vinculación de las personas que conforman el registro de elegibles del cargo de secretario, código 440, grado 08 quienes no se pronunciaron al respecto.

Por su parte la Defensoría del ICBF, Regional Cauca allega contestación al correo electrónico Institucional el 19 de mayo del año cursante.

Por autos del 25 de mayo se decretan pruebas de oficio para obtener información sobre la vinculación laboral de la señora Janeth Gallardo y se ordena oficiar al Liceo Comercial del Bordo y recibir declaración a la accionante y a su hijo John Alejandro Erazo Perafán.

En consecuencia, se recibe respuesta del Coordinador de Talento Humano WILDER ANTONIO CAICEDO, quien informa que con la señora YANETH PERAFAN GALLARDO, identificada con cédula de Ciudadanía No 34.555.755, no hay relación contractual, pero que no han revisado la totalidad de sus archivos ni los registros contables.

Se recibe declaración bajo juramento a Jhon Alejandro Erazo Perafán, ya que la accionante informo al Juzgado que no puede comparecer en la fecha y que lo podría hacer el 27 de mayo.

No obstante, considerando el Juzgado agotado el trámite preferente y sumario establecido en el decreto 2591 de 1991, le corresponde a esta judicatura emitir el fallo que en derecho corresponde.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA PERSONERÍA MUNICIPAL DE TIMBÍO.

La Doctora AFRANIA MARGARITA MUÑOZ QUIÑONEZ, allega contestación al correo institucional del juzgado el 22 de abril hogaño, coadyuva la acción de tutela incoada por la señora YANETH PERAFAN GALLARDO.

Considera que la figura del personero municipal se ha concentrado a través del tiempo, en un amplio marco de funciones asignadas directamente por el ordenamiento jurídico y otras que le han sido delegadas expresamente por el procurador General de la nación y el Defensor del Pueblo, en calidad de Ministerio Público dentro del contexto del ente territorial, correspondiéndole directamente la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de quienes desempeñan funciones públicas. Para lo cual puede intervenir eventualmente en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales y colectivas de la comunidad.

Manifiesta que en atención al deber constitucional y legal de "*promover, divulgar, proteger y defender los Derechos Humanos de la infancia en las instituciones públicas y privadas con énfasis en el carácter prevalente de sus derechos, de su interés superior y sus mecanismos de protección frente a amenazas y vulneraciones*" la Personería avizora que conforme a los hechos narrados por la Representante legal de la menor I.E.P en la Acción de Tutela, expresando su condición de madre soltera, Cabeza de familia, con cónyuge fallecido y sin ningún otro medio de percibir ingresos y conforme a la normatividad vigente y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, respetuosamente considera pertinente tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante, lo cuales directamente afectan a la menor I.E.P y teniendo en cuenta que tanto la señora Perafán Gallardo como su hija, gozan de especial protección constitucional, es menester la protección y garantía de los derechos fundamentales que le asisten en aras de salvaguardar su vida e integridad en condiciones dignas.

Argumenta que el Estado Colombiano protege a las personas en condición de vulnerabilidad, por lo cual resulta relevante señalar que la estabilidad reforzada de una madre cabeza de familia encuentra sustento en el principio de igualdad (Artículo 13 de la Constitución), el artículo 43 superior que establece el deber del Estado de apoyar "*de manera especial a la mujer cabeza de familia*", los instrumentos internacionales de derecho humanos como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la garantía prevista en el artículo 42 de la Constitución sobre el derecho de toda persona a recibir protección integral para su grupo familiar, y en la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes establecida en el artículo 44 del mismo Estatuto. Conforme a la sentencia T-388 DE 2020 " *dicha protección tiene la finalidad de promover la igualdad real, reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia, crear un deber estatal de apoyo para compensar esa gravosa carga, y brindar una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad*", continúa expresando "*Aunado a lo anterior, se aclara que, sin perjuicio del origen supralegal de esta protección, se encuentra que la Ley 82 de 1993 se expidió para apoyar de forma especial a la mujer cabeza de familia por lo cual se estableció que el gobierno debe prever mecanismos eficaces para procurar a su favor "trabajos dignos y estables*".

Continúa fundamentando que, el Decreto 3905 de 2009, con el cual se reglamentó la Ley 909 de 2004, dispuso que se debía tener en cuenta la protección especial para las madres cabeza de familia antes de proceder con la desvinculación de un empleo provisional. Adicionalmente, la Ley 790 de 2002

en su artículo 12 estableció la medida denominada retén social en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública, según la cual no podrán ser retirados de dicho programa las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y las personas próximas a pensionarse" .También la Corte Constitucional en la misma providencia señaló que no toda mujer por el hecho de que esté a cargo de la dirección del hogar ostenta la calidad de cabeza de familia y por esa razón, expresa que se deben acreditar los siguientes presupuestos:

(i) "*Que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar.*
(ii) *Que la responsabilidad sobre los hijos sea de carácter permanente.*
(iii) *Que se presente una ausencia permanente o abandono del hogar por parte del padre, y que este se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones, o bien que 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.*
(iv) *Que no exista un apoyo amplio y sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar*"

Concluye que, conforme al escrito de tutela, y los documentos aportados por la señora Perafán Gallardo, se podría concluir que acredita los anteriores presupuestos, pues tiene una hija menor de edad, derivándose la responsabilidad de manera permanente y exclusiva de estar a cargo de ella y que el padre de la menor falleció. Además, revisada la plataforma VIVANTO de la Unidad de Victimas, se pudo evidenciar que la señora Perafán Gallardo y su núcleo familiar, están incluidas en el Registro Único de Víctimas. Por lo tanto, se reitera la respetuosa solicitud de amparar los derechos fundamentales de la madre accionante y de su núcleo familiar.

1.4 CONTESTACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

Mediante correo allegado el día 22 de abril hogaño, el Doctor JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA, actuando en calidad de asesor jurídico de la Comisión Nacional de Servicio Civil Sostiene que, en el presente caso, no sólo la accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama en cada caso concreto; sino que no existe perjuicio irremediable como quiera que su argumento no se acerca siquiera a que se encuentre inmerso en las causales de traslado, porque para ello bien pudieron y pueden acudir a los mecanismos previstos en la ley.

Señala que no sólo el accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama en cada caso concreto; sino que no existe perjuicio irremediable alguno, y para ello bien puede acudir a los mecanismos previstos en la ley.

Argumenta que la Comisión Nacional del Servicio Civil en los términos del artículo 130 de nuestra Carta Política, es un órgano autónomo e independiente del más alto nivel de la estructura del Estado Colombiano, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica; que no pertenece a ninguna de las ramas del poder público. Que tal entidad de creación Constitucional ha funcionado bajo las especiales competencias que desarrollan los distintos instrumentos legales y reglamentarios establecidos desde la

vigencia de la Constitución Política en 1991, en específico, lo dispuesto en la Ley 909 de 2004. Y que se encarga entre otras cosas de realizar los concursos para proveer empleos, adelantar todos los actos administrativos necesarios para su promulgación y desarrollo, conocer y resolver los problemas que se susciten en progreso de los mismos. Así las cosas, según lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley 909 de 2004 la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene por naturaleza<<la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Relata que con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad.>> Aduce que frente a la posibilidad de trasladar al aquí accionante este es un asunto exclusivo de la administración de la planta de personal de las Entidades Públicas; es decir, es una potestad de los nominadores como administradores de la planta de personal global realizar traslados, enmarcando este movimiento de personal, por supuesto, dentro de los parámetros presupuestales establecidos en la normatividad que regula el tema.

Sostiene que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 2.2.5.4.2 del Decreto 1083 de 2015, se abre la posibilidad de que se hagan traslados o permutas entre distintas entidades, siempre y cuando se dé la autorización por parte de los jefes de cada entidad involucrada; actuación tal sobre la que no participa esta Comisión Nacional. Precisa que es la administración de personal, la que tiene la competencia y procedimiento para el nombramiento, posesión y revocatoria del nombramiento, vacancia y formas de provisión de los empleos, movimientos de personal y las situaciones administrativas en las que se puedan encontrar los empleados públicos son competencia exclusiva de la autoridad nominadora, en razón de lo anterior, la CNSC no posee autoridad para instruir en materia de administración de personal, que es del resorte exclusivo de la Secretaría de Educación Departamental de Cauca, y se evidencia una falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, no existe una conexión fáctica –jurídica entre el objeto de amparo de tutela con la accionada CNSC.

Invoca la sentencia T-1001/06

Aclara que la Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano oficial de rango constitucional garante de la protección del sistema de mérito en el empleo público, de conformidad con lo consagrado en el artículo 130 de la Constitución Política, es la entidad del Estado responsable de la administración y vigilancia de los sistemas de carrera, con excepción de los de origen constitucional.

Enuncia los artículos 6° y 7° de la Ley 715 de 2001, frente a la competencia de los Departamentos, Distritos y Municipios certificados en educación:“(...) *Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas, el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley (...).”*.De tal forma que, la norma jurídica faculta a los entes territoriales para la adopción de medidas administrativas necesarias con el fin de garantizar la prestación del servicio, de tal suerte que el artículo 153 de la Ley 115 de 19945, contempla la

administración de la educación como*:"(...) Organizar, ejecutar, vigilar y evaluar el servicio educativo; nombrar, remover, trasladar, sancionar, estimular, dar licencias y permisos a los docentes y directivos docentes y personal administrativo; orientar, asesorar y en general dirigir la educación del municipio(...).*"

Finalmente, indica que, la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene competencia para pronunciarse de fondo sobre el asunto, ni mucho menos tiene que ver con la presunta violación de derechos fundamentales que se le imputa a la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, razón por la cual solicita su desvinculación de la presente acción de tutela.

Y solicita al Despacho "*declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil."*

1.5 CONTESTACIÓN DE LA GOBERNACIÓN

Mediante correo allegado el día 25 de abril hogaño, el Profesional Universitario de la oficina Asesora Jurídica de la Gobernación del Cauca JOSE DIOMAR PEÑA, Se pronuncia frente a los hechos del escrito de amparo de la siguiente manera:

Al Hecho 1. No le consta. Debe ser probado. Toda vez, que la Accionante no aporta ninguna prueba, de lo manifestado en este hecho.
Al hecho 2. Es cierto parcialmente. Aun cuando se anexa registro civil de defunción del señor ERAZO TOSNE YON QUEMER, no se logra demostrar la convivencia.
Al Hecho 3. No le consta. Toda vez, que la Accionante no aporta ninguna prueba, de lo manifestado en este hecho.
Al Hecho 6. No le consta. Manifiesta que según el concurso de méritos dicho cargo de Secretario Código 440, Grado 08 ubicado en la Institución Educativa Guillermo Valencia, si estaba ocupado por la Accionante y fue objeto del concurso de méritos.
Al Hecho 10. Es cierto. Según se desprende del Decreto 0500-03-2022, oficio de 24 de marzo de 2022 dirigido al señor DIEGO FERNANDO NOVOA FAJARDO, comunicándole el nombramiento como Secretario Código 440, Grado 08 de la Institución Educativa Guillermo Valencia. Aunado a lo anterior mediante resolución No.2021 RES-400.300.24-5414 del 10 de noviembre de 2021 la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, conformo la lista de elegibles para proveer las vacantes definitivas del empleo denominado Secretario Código 440, Grado 08, OPEC 29597 en el marco del proceso de selección No.1136-2019 Territorial 2019 acto administrativo que cobro firmeza el 26 de noviembre de 2021, ocupando el primer puesto el señor DIEGO FERNANDO NOVOA FAJARDO, con lo cual terminaba el encargo en provisionalidad que ocupaba la señora YANETH PERAFAN GALLARDO, en dicha institución educativa.
Al Hecho 13. No le consta. Manifiesta que para el cargo en el cual se encontraba nombrada en provisionalidad la señora YANETH PERAFAN GALLARDO, concursó el señor DIEGO FERNANDO NOVOA FAJARDO, quien ocupó el primer puesto y fue nombrado como secretario Código 440, Grado 08 en la Institución Educativa Guillermo Valencia.
Al Hecho 14. Señala que no es un hecho. Es una manifestación subjetiva de la parte Accionante. Expresa que tratándose de concurso de méritos el Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia dice: Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los

de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público...
Al Hecho 15. No es un hecho. Es una manifestación subjetiva de la parte Accionante. Indica que si la parte Accionante busca perpetuarse en el cargo por ser madre cabeza de familia, pues no ha demostrado la vulneración de sus derechos fundamentales y los de sus hijos al trabajo, mínimo vital, "estabilidad laboral reforzada por su condición de madre cabeza de familia", además no es la tutela el mecanismo idóneo para buscar ser reintegrada al cargo que ocupaba.Al Hecho 16. No es un hecho. Es una manifestación subjetiva de la parte Accionante. Refiere que a través de diferentes sentencias las altas cortes han sentado postura y han manifestado que los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa... este derecho de estas personas cede ante un mejor derecho esto es quienes concursan y ocupan el primer puesto, en los concursos de mérito.
Al Hecho 17. No es un hecho. Es una afirmación subjetiva de la parte Accionante. Manifiesta que el cargo que ocupaba la señora YANETH PERAFAN GALLARDO, como Secretario Código 440, Grado 08 en la Institución Educativa Guillermo Valencia, cedió ante el derecho del señor DIEGO FERNANDO NOVOA FAJARDO, quien ocupó el primer puesto y fue nombrado como Secretario Código 440, Grado 08 en la Institución Educativa Guillermo Valencia.
Al Hecho 18. No le consta. Agrega que la Accionante no prueba su estado de indefensión en el cual se encuentra, aunado a lo anterior tuvo las mismas condiciones para haber defendido el cargo que ocupaba en provisionalidad en la institución educativa, ya que poseía la experiencia y los requisitos y más sin embargo no lo hizo, así las cosas, se nombró en dicho cargo al señor DIEGO FERNANDO NOVOA FAJARDO, quien ocupó el primer puesto en el concurso de méritos.
Al Hecho 19. No es un hecho. Manifiesta que la Gobernación del Cauca, no puede acceder a las pretensiones de la señora YANETH PERAFANFAJARDO, puesto que la tutela no es el medio eficaz para solicitar ser incorporada al cargo que ocupaba en la institución educativa Guillermo Valencia como Secretario Código 440, Grado 08, pues la Accionante debe controvertir el acto administrativo en otras instancias judiciales y no vía tutela.

De los hechos 3 al 5, 7 al 9 y 11 al 12, refiere que no le constan y deben probarse.

Expresa que, frente a la solicitud realizada por la a accionante de garantizar *los derechos fundamentales de la señora YANETH PERAFAN y sus hijos JHON ALEJANDRO ERAZO PERAFAN e I.E.P., al mínimo vital, al trabajo, vida digna. 2. Como consecuencia de lo anterior se ordene a la Gobernación del Cauca, Secretaria de Educación Departamental, nombrar en un cargo igual o superior a la señora YANETH PERAFAN GALLARDO*, para la OPEC DE SECRETARIO, CODIGO 440, GRADO 08, se le expidió la resolución No.5414 de 10 de noviembre de 2021, y cobro firmeza el 26 de noviembre de 2021, en la mencionada lista de elegibles siendo el señor DIEGO FERNANDO NOVOA FAJARDO con cedula de ciudadanía número 76316992 quien ocupó el primer puesto con un puntaje de 86.69, observándose que en esta lista no figura el nombre de la señora YANETH PERAFAN GALLARDO.

Frente a la desvinculación del cargo denominado SECRETARIO CODIGO 440 GRADO 08 que ocupaba en provisionalidad, en la Institución Educativa Guillermo Valencia del Municipio de Timbio, en el cual fue nombrado el señor DIEGO FERNANDO NOVOA FAJARDO, quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, destaca que, mal haría la Accionante por medio vía de tutela pretender quedarse en el cargo. Toda vez, que la Accionante cuenta

con otros medios para hacer valer sus derechos, como es la jurisdicción ordinaria o administrativa, lo cual el juez de tutela no puede desplazar estas jurisdicciones, pues la acción de tutela se tornaría improcedente por no cumplir el requisito de subsidiariedad.

Menciona el Artículo 125 CN, señalando que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Y que el retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Hace referencia a lo expuesto por la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 11001-03-15-000-2021-05523-01 (AC) Actor: NORA ESPERANZA MÉNDEZ ALVARADO Y OTRA Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DELATLÁNTICO Y OTRO.

Aduce que, según sentencia SU-446 de 2011, *si bien los empleados provisionales que son sujetos de especial protección no tienen derecho a permanecer de forma indefinida en el cargo, sí son beneficiarios de un trato preferencial antes de efectuar el nuevo nombramiento y como acción afirmativa, debiendo, por ejemplo, ser los últimos en ser retirados del cargo o ser nombrados en provisionalidad en un cargo de igual jerarquía al que ocupaban. 9.3.-Igualmente refirió que los requisitos para ser considerada madre cabeza de familia esgrimidos en la sentencia SU-338 de 2005, fueron morigerados por la Corte Constitucional en fallo de SU-691 de 2017 siempre que se demuestre que con su desvinculación laboral se afecte su mínimo vital",* como ocurre en su caso particular, en adición a que, se ponen en riesgo los derechos fundamentales de sus hijas"

Aclara que, el cargo mediante el cual se nombró al señor DIEGO FERNANDO NOVOA FAJARDO en el cargo de SECRETARIO CODIGO 440 GRADO 08 que ocupaba en provisionalidad la señora YANETH PERAFAN FAJARDO, en la Institución Educativa Guillermo Valencia del Municipio de Timbío, obedecido a que ocupo el primer puesto en dicha convocatoria, el objetivo entones de este tipo de provisiones, no es otro más que permitir un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el que su ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no queden sujetos a la mera discrecionalidad del nominador. Como también es cierto que tal provisión debe avenirse bajo las reglas del artículo 125 de la Constitución Nacional concurso de méritos.

Advierte que, la Corte Constitucional ha señalado que por regla general la acción de tutela no es procedente para resolver las controversias que se susciten entre trabajador y empleador, por cuanto el legislador ha dispuesto mecanismos específicos de defensa judicial idóneos y eficaces para tramitar este tipo de demandas, como cuando se solicita el reintegro laboral, cuyo juez natural será el juez ordinario laboral o el juez contencioso administrativo según el caso

Sostiene que la Acción de tutela, es un mecanismo creado para garantizar el disfrute de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos se vean vulnerados, e invoca el Artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, "*por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución*

Política",:"ARTÍCULO1: OBJETO. *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto.*

Que en consonancia, el artículo 5 de dicho decreto, advierte sobre la procedencia de la acción de tutela, en los siguientes términos: "*ARTÍCULO 5: PROCEDENCIADELAACCIONDETUTELA. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito*."

Manifiesta que, aun cuando la parte Accionante, hace un relato de los hechos, mediante los cuales pretende demostrar que se encuentra imposibilitada para trabajar por ser una persona viuda y con dos hijos menores y que se encuentra viviendo de la caridad, no hace nada por demostrar estos hechos aquí narrados, situación que es muy difícil que el Despacho pueda considerar como ciertos, ya que no están sustentados ni probados.

1.5 CONTESTACIÓN DEFENSORÍA ICBF REGIONAL CAUCA

La Dra. BLANCA IDALIA MOSQUERA BOJORGE, en su calidad de Defensora de Familia del ICBF Regional Cauca, Centro Zonal Centro, se pronuncia de la siguiente manera:

" *A LOS HECHOS: 1.- Es parcialmente cierto, esto por cuanto según la verificación de derechos adelantada por este despacho y la información recabada en la entrevista la cual fue atendida por la tutelante es madre soltera sin unión marital de hecho pero de sus dos hijos solo estudia la adolescente I. E. P. de 15 años de edad quien cursa grado 8º en el colegio San Antonio de Padua del Municipio de Timbío mientras que su hijo JHON ALEJANDRO ERAZO PERAFAN no estudia pues se encuentra trabajando como conductor de ambulancia en CONTRA PROS (sindicato de trabajadores unidos por la prosperidad) en la ciudad de Popayán vinculado mediante contrato de prestación de servicios por lo que devenga una asignación por valor de ($1.800.000,oo) pesos mensuales. 2.- Es cierto según el registro civil de defunción allegado con la acción de tutela. 3.- Al despacho no le consta, sin embargo en la entrevista la tutelante manifestó que en esa época vivió encima sic., de la casa de un hermano donde funcionaba el restaurante llamado El Caldero ubicado en el barrio Ciudad Jardín de la ciudad de Popayán.4.- En cuanto a la difícil situación familiar e inestabilidad económica al despacho no le consta y frente al hecho nombramiento de la tutelante como secretaria de la Institución Educativa Guillermo Valencia del Municipio de Timbío se infiere cierto por la acción de tutela que nos ocupa. 5.- Los hechos mencionados en los puntos 5 al 13, al despacho no le constan. 14.- Los hechos mencionados en los puntos 14 al 17, le corresponde a la judicatura determinar si son aplicables al caso. 18.- Es parcialmente cierto ya que como se menciona en el primer punto, en la entrevista realizada a la tutelante el día de hoy en horas de la mañana en su casa de habitación ubicada en el edificio Torre Paz 1 Apto 201 del municipio de Timbio, está informo que es madre soltera sin unión marital de hecho con dos hijos, que cuenta con un contrato de prestación de servicios como auxiliar pedagógico por dos meses desde el 1 de abril al 30 de junio del corriente año,*

suscrito con El Operador Liceo Comercial del Bordo por el que recibe una asignación mensual de($1.600.000,oo) pesos mensuales aproximadamente, también mencionó que se encuentra registrada como víctima del conflicto armado desde el año 2009 y fue desvinculada de su cargo como secretaria del colegio Guillermo Valencia del municipio de Timbío. 19.- Al despacho no le consta"

Respecto a las solicitudes presentadas por la accionante refiere que si ha de probarse la vulneración de alguno de estos derechos se deberá proceder de conformidad a fin de lograr el efectivo restablecimiento a la tutelante y a su hija menor de edad.
Sostiene que frente a la adolescente I.E.P. de 15 años de edad, no tiene derechos vulnerados, lo cual se respalda con los informes emitidos por los profesionales de las áreas de trabajo social y psicología del ICBF Regional Cauca.

1.6 PRUEBAS RECAUDADAS

1.6.1 DOCUMENTALES APORTADAS POR EL ACCIONANTE

- Copia Certificado de defunción a nombre del señor ERAZO TOSNE YON QUEMER
- Copia de registro civil de nacimiento de JHON ALEJANDOR ERAZO PERAFAN e I.E.P. aportados con el escrito de impugnación

1.6.2 DOCUMENTALES APORTADAS POR LA GOBERNACIÓN DEL CAUCA

- Informe del área de talento humano suscrita por GERSON ALEXANDER FLÓREZ FAJARDO
- Decreto No 0500-03-2022
- Oficio mediante el cual se comunica nombramiento al señor DIEGO FERNANDO NOVOA ROMERO
- Lista de elegibles resolución No 5414 del 10 de noviembre de 2021.

1.7.3 DOCUMENTALES APORTADAS POR LA DEFENSORÍA ICBF REGIONAL CAUCA CENTRO ZONAL

- Informe se verificación de trabajo social
- Informe de verificación de derechos de psicología

II. CONSIDERACIONES

2. COMPETENCIA

Este Despacho es el competente para conocer y tramitar la presente acción de tutela a la que se le ha impartido el trámite preferencial y sumario previsto en el Decreto 2591 de 1991.

2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

En el caso bajo examen, el problema jurídico se sintetiza en la siguiente pregunta: *¿la GOBERNACIÓN DEL CAUCA-SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO ha violado los derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna y al mínimo vital aludidos por la accionante, al terminar su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Secretaria Código 440, grado 08 de la señora YANET PERAFAN GALLARDO, por el nombramiento en periodo de prueba de la persona que ganó el concurso de méritos, sin considerar la calidad de víctima y madre cabeza de familia, y de ser así, si las entidades vinculadas comparten alguna responsabilidad frente a dicha situación?*

Para ello se verificarán los siguientes aspectos

2.2 LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

El artículo 86 de la constitución política y el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, legitiman a todas las personas que consideren vulnerado un derecho para acudir directamente o por conducto su representante legal ante el juez constitucional, con el fin de que se le garantice el goce de los mismos.

En el presente asunto, acude la señora YANETH PERAFAN GALLARDO, quien actúa en nombre propio, para reclamar la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna y al mínimo vital, por lo que ostenta legitimidad para accionar.

Igual predicamento se puede aplicar frente a la GOBERNACIÓN DEL CAUCA y la SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO, entidad a quien se le endilga la vulneración de los derechos antes referidos.

2.3 PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

En cuanto a la inmediatez, se tiene cumplido este requisito, al advertirse que los hechos datan del día 7 de abril de 2022, por cuanto, solo habían transcurrido 12 días hasta el momento de presentación del escrito de amparo.

Subsidiariedad: En cuanto a la subsidiariedad, establece el artículo 86 que “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [...]”Así es que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Frente a este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente los medios judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Ha sostenido también que una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados. Ha sostenido también que una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados.

En el caso de estudio, si bien la accionante cuenta con otros medios judiciales para atacar el acto administrativo que dispuso su desvinculación, también es cierto que dicho medios de control que debe adelantar frente a la jurisdicción contencioso administrativa, dado el tiempo que abarcan para su decisión por la conocida congestión de los despachos, no es un medio idóneo frente a la situación de desprotección que la accionante afronta en la actualidad.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROCEDENCIA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DESVINCULAN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS QUE OCUPAN CARGOS DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD.

"*La acción de tutela es un mecanismo especial creado por la Constitución Política con el propósito de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, cuando estos sean vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o, eventualmente por los particulares. Esta herramienta ostenta una naturaleza eminentemente subsidiaria y residual por lo que solamente procede cuando no existe oro mecanismo de protección judicial, o para evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso es viable la tutela como mecanismo transitorio*.

Precisamente teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que «por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual desplaza a la acción de tutela"[1]

SOBRE LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD.

Estableció el constituyente primario en su artículo 125 superior que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con las excepciones que la misma norma comenta, esto es: «*los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales*» así como los que la Ley defina, sumado a los regímenes especiales de creación constitucional. El objetivo entonces de este tipo de provisiones, no es otro más que permitir un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el que su ingreso, ascenso permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no queden sujetos a la mera discrecionalidad del nominador.

La Ley 909 de 2004 "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", expresa:

"***ARTÍCULO23.CLASES DE NOMBRAMIENTOS****. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales*.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

[1] C-132 de 2018

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley"

Por su parte, la jurisprudencia Constitucional ha considerado que: «*la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto frente a la administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad, Por esta razón, la corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales*»[2].

RETEN SOCIAL

El reciente concepto 92431 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública, refiere el artículo 12 del decreto 190 de 2003 "***ARTÍCULO 12****. Destinatarios. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública no podrán ser retirados del servicio las madres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 1° del presente decreto".* Predicamento aplicable a la accionante por ser una madre cabeza de hogar.

Respecto a la terminación del nombramiento en provisionalidad, el Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, dispuso:

"***ARTÍCULO 2.2.5.3.4 TERMINACIÓN DE ENCARGO Y NOMBRAMIENTO PROVISIONAL****. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados".*

Implica lo anterior que el retiro de un empleado en provisionalidad procede siempre y cuando se motive. Tal como lo establece la normatividad antes señalada y la jurisprudencia de la Corte Constitucional 1. (SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1° de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra), en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula a efectos de ejercer su derecho de contradicción.

En la Sentencia SU-917 de 2010, sobre el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional dijo:

"*En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar*

[2] Sentencia T-357 de 2016

el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección, aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas. [...]
En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión. [...]

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto."

La Corte Constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art.13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.(Corte Constitucional. Sentencia SU-446 de 2011. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Si bien los empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. (Corte Constitucional. Sentencias SU-446 de 2011. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-186 de 2013. MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Lo anterior en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del Artículo 13 de la Constitución Política, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art.43CP), los niños (art.44CP), las personas de la tercera edad (art.46CP) y las personas con discapacidad (art.47CP). (Corte Constitucional, sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

La Honorable Corte Constitucional, ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse en aras de proteger los derechos fundamentales de las personas que por su calidad, requieren una especial protección constitucional al estar en condiciones de vulnerabilidad.

En la Sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional hizo un pronunciamiento al respecto:

"*Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos."*

[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008–les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

"*En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del Artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas,* ***de ser posible****, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando" (negrillas originales).*

Pese a la potestad de desvincular a un empleado público en provisionalidad, para no vulnerar sus derechos, si se encuentra en condiciones especiales, el empleador debe observar unos requisitos establecidos en la estabilidad relativa o intermedia de la que son acreedores:

(i)La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii)La motivación del acto administrativo de desvinculación.

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, **siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento**. "*La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentenciaSU-917de 2010".*

La Corte Constitucional en sentencia SU 446 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub sobre el retiro de las personas en situación

de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados por concurso, refirió:

"(...) *Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues* ***precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.(***destaca el Juzgado)

En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: "... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados.

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a:i)las madres y padres cabeza de familia; ii)las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008-les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; yiii)las personas en situación de discapacidad.

*En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas****, fueran las últimas en ser desvinculadas****, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del Artículo13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.*

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, Artículo13 inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados (…)

Mediante Sentencia T-595 de 2016, al respecto, la Corte señaló:

"(...) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (...) 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. (...) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos."

Por otra parte, el Decreto 1083 de 2015, prevé el orden para la provisión de empleos de carrera así:

*"**ARTÍCULO2.2.5.3.2**. **Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera**. 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:*

1. *Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
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.*
3. *Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
4. *Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical*.

***PARÁGRAFO** 3. Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el parágrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.(...)*

Conforme a la norma en cita, pude afirmarse que los funcionarios nombrados en provisionalidad no cuentan con un derecho perpetuo a ser sostenidos en el cargo ejercido, dado que lo cierto del caso, es que tal provisión debe avenirse bajo las reglas del artículo 125 de la Constitución Nacional-concurso de méritos- pero, ello tampoco puede implicar que se desconozca o no se materialicen lo que se conoce como acciones afirmativas en pro de garantizar la protección a sus derechos, esto es, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos, en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos.

En cuanto a la calidad de madre o padre cabeza de familia y la provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de mérito, el tribunal de cierre constitucional ha destacado que su protección, es transversal, es decir, debe aplicarse a todos aquellos procesos que impliquen transformaciones y renovación del personal por los empleadores, casos en los que deben adoptarse medidas especiales a favor de las los mismos, sin ser necesario que dichas reformas estén supeditadas al marco establecido por la Ley 790 de 2002, conocido como retén social.

En el caso de estudio, la accionante YANET PERAFAN GALLARDO, solicita la protección constitucional de sus derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna y al mínimo vital, al considerar que la Gobernación del Cauca le ha

vulnerado, por terminar su nombramiento en provisionalidad, en virtud del nombramiento realizado en período de prueba en el cargo que venía ocupando la accionante; argumentando que ostenta la calidad de madre cabeza de familia, lo que implica la configuración de una debilidad manifiesta, sin que hubiese sido reubicada.

Se encuentra plenamente probado que la accionante ocupaba el cargo de Secretaria 440 grado 08 de forma provisional, pues así lo ha reconocido la entidad accionada, así mismo, que el vínculo con la accionada terminó en virtud del nombramiento en período de prueba del elegible seleccionado en el correspondiente concurso de méritos, esto es el señor DIEGO FERNANDO NOVOA ROMERO aportando para tal efecto resolución de nombramiento y oficio de tal comunicación.

Así mismo al momento de proferirse esta decisión, si se encuentra acreditado que la accionante ostenta la calidad de víctima y madre cabeza de hogar como también que tiene a su cargo el cuidado de la menor IEP, hechos que acreditó con el registro civil de nacimiento de la niña que aportó a la tutela con posterioridad a su admisión y, que se dispuso de manera oficiosa en auto del 24 de mayo de 2022 tenerlo como prueba. En estos documentos se lee que el padre es el señor YON QUEMER ERAZO TOSNE fallecido como consta en el el registro civil de defunción aportado con el escrito de tutela

De esta forma se acredita la calidad de madre cabeza de familia y la ausencia total del apoyo del esposo y padre de su hija, con ocasión de su fallecimiento, de ahí, su estado actual de vulneración.

También ha decantado el máximo Tribunal Constitucional que se requiere que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual implica la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

La Honorable Corte Constitucional frente a esta temática ha reiterado su jurisprudencia de la siguiente manera:

"Al respecto, es indispensable aclarar —como lo ha hecho la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos[3] que no toda mujer, por el hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar, ostenta la calidad de cabeza de familia, pues para tener tal condición se requiere la constatación de varios elementos[4], los cuales se enuncian en los párrafos siguientes.

32. En primer lugar, se requiere que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas "incapacitadas" para trabajar, exigencia respecto de la cual la Corte Constitucional ha formulado varias precisiones:

i) Esta noción implica que la madre cabeza de familia es quien brinda un sustento económico, social o afectivo al hogar, de modo que aquella debe

[3] Véanse, entre otras, las sentencias T-420 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger); T-400 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); SU-377 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa); T-835 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); T-034 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-200 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra); T-834 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) SU-388 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

[4] Las consideraciones que se presentan a continuación, particularmente aquellas que se refieren a los requisitos que se deben cumplir para acreditar la condición de madre cabeza de familia, se retoman a partir de la sentencia de unificación SU-388 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la cual ha sido utilizada como fundamento para definir tales exigencias en la mayoría de decisiones posteriores. Estos elementos han sido reiterados en las sentencias T-420 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger); T-400 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); SU-377 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa); T-316 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos); T-835 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); T-034 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); T-827 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez); T-993 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); T-200 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra); T-1030 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-834 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

cumplir con sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención con los sujetos a cargo.

ii) Igualmente, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia[5] han explicado que se consideran mujeres cabeza de familia aquellas que, aun cuando no ejercen la maternidad por no tener hijos propios, se hacen cargo de sus padres o de personas muy allegadas siempre y cuando ellas constituyan el "núcleo y soporte exclusivo de su hogar".

iii) Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que una mujer no pierde su condición de cabeza de familia por el hecho de que las personas a su cargo alcancen la mayoría de edad[6]. De este modo, cuando se trata de hijos mayores de edad pero menores de 25 años que se encuentran estudiando, esta Corporación ha considerado que siguen siendo dependientes de la madre cabeza de familia[7].

33. En segundo lugar, se requiere que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente. Es por esta razón que "la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia" .
Aunado a ello, se debe destacar que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realice, es un valioso apoyo para la familia y debe ser tenido en cuenta como aporte social. En esa medida, dado que existen otras formas de colaboración en el hogar, la ausencia de un ingreso económico fijo para una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia.

34. En tercer lugar, es necesario que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte del progenitor de los menores de edad que conforman el grupo familiar. Esta situación puede ocurrir, bien cuando la pareja abandona el hogar y, además, omite el cumplimiento de sus deberes como progenitor o bien, cuando no asume la responsabilidad que le corresponde debido a un motivo externo a su voluntad "como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte".

…

35. En cuarto lugar, se requiere que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual implica la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

36. Adicionalmente, es necesario resaltar que existe una regla de interpretación para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que la condición de madre cabeza de familia no

---

[5] **Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 12 de febrero de 2014. Rad. 43.118 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.** Sobre el particular, la providencia indicó: *"Una lectura exegética de la anterior definición de «madre cabeza de familia», conllevaría a determinar que bajo dicho rótulo sólo se puede ubicar a las «mujeres», que tienen «hijos» menores de edad o inválidos que dependen económicamente y de manera exclusiva de ellas. Sin embargo, para la Corte el concepto de «madre cabeza de familia» debe integrarse armónicamente con el de «mujer cabeza de familia», a la que el Estado le debe una especial protección, según el artículo 43 de la Constitución Política, y que se encuentra desarrollado en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993 (…) // Así las cosas,* ***madre cabeza de familia no sólo es la mujer con hijos menores o inválidos, sino también aquella que tiene a su cargo exclusivo la responsabilidad económica del hogar,*** *por la incapacidad para trabajar de los demás miembros, debidamente comprobada."*

[6] Véanse, entre otras: sentencia T-420 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger); sentencia T-835 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); sentencia T-827 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez); sentencia T-034 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); sentencia T-283 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

[7] Lo anterior, por cuanto se ha interpretado que, cuando en la definición legal de madre cabeza de familia se alude a las personas *"incapacitadas para trabajar"*, ello incluye a los hijos estudiantes.

depende de una formalidad jurídica sino de las circunstancias materiales que la configuran.

Así, por ejemplo, este Tribunal ha determinado que la declaración ante notario acerca de la condición de mujer cabeza de familia, prevista en el parágrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, no es constitutiva de dicha calidad ni es una exigencia probatoria indispensable para acreditarla. En similar sentido, esta Corporación ha señalado que el estado civil es irrelevante al momento de determinar si una mujer tiene la condición de cabeza de familia, pues lo decisivo son las circunstancias materiales.

Por consiguiente, corresponde al operador jurídico en el caso concreto valorar las condiciones de quien alega su condición de mujer cabeza de familia, sin que dicha calidad pueda determinarse exclusivamente por el cumplimiento de alguna formalidad.

En este orden de ideas, conviene resaltar que el análisis probatorio que ha llevado a cabo la Corte Constitucional para establecer que una persona reúne las condiciones necesarias para considerarse madre o padre cabeza de familia de conformidad con el ordenamiento jurídico, se ha fundamentado en distintos medios de convicción, entre los cuales se encuentran con frecuencia las declaraciones extraprocesales de los solicitantes y personas allegadas así como sus manifestaciones dentro del proceso de tutela y los procedimientos administrativos adelantados por las entidades respectivas[8]. También, se han valorado los certificados de estudios de los hijos a cargo menores de 25 años y la copia del documento de identificación de estos últimos[9].

37. Finalmente, la Corte Constitucional ha sostenido que la constatación de los requisitos para acreditar la calidad de madre o padre cabeza de familia deberá adelantarse en el marco de un procedimiento administrativo con respeto al derecho al debido proceso, "en el cual la autoridad respectiva valore todas las pruebas que se someten a su consideración y que le permitan decidir con certeza que las trabajadoras [o trabajadores] no cumplen con las condiciones para ser considerados madres o padres cabeza de familia"[10].

Esta conclusión se fundamenta, a su turno, en dos razones. Por una parte, en el mandato previsto en el artículo 29 Superior, de conformidad con el cual "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". Por otra, en la especial protección constitucional de la cual son titulares las madres y padres cabeza de familia, quienes pueden quedar en situación de vulnerabilidad en caso de perder su empleo[11].

38. Ahora bien, en cuanto al contenido del derecho fundamental al debido proceso, este Tribunal ha expresado que, entre las garantías que conforman el núcleo esencial del debido proceso se encuentran "el derecho al juez natural, el derecho a un proceso público, el derecho a la independencia e imparcialidad del juez, el derecho a presentar pruebas y controvertirlas, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, y el derecho a la defensa entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable"[12].

---

[8] Sentencias SU-389 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería); T-200 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra); T-206 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); T-835 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); y T-420 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

[9] Sentencia T-034 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

[10] Sentencia T-835 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Igualmente, véase sentencia T-862 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[11] Sentencia T-835 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[12] Sentencias C-166 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís)

Igualmente, en relación con el contenido del debido proceso administrativo, la Corte ha distinguido entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso. Las garantías mínimas previas son aquellas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.[13]

…
Así pues, la condición de madre cabeza de familia requiere la confluencia de los siguientes elementos, a saber: (i) que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas "incapacitadas" para trabajar; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso.[14]*"*

Para el Juzgado es claro que la forma de vinculación en provisionalidad, la cual según la jurisprudencia constitucional los servidores que la ostentan "gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que solo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una personade carrera, tal como ocurrió en el caso de estudio o por razones objetivas que fueron claramente expuestas en el acto de desvinculación de la hoy accionante. Tal como se definió por la H. Corte Constitucional en casos similares, *"la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de mérito"*[15] Por lo tanto, la remoción del cargo, que en últimas se ha producido, se encuentra en concordancia con los preceptos legales que regulan la materia.

De otro lado, revisada la actuación de la Gobernación del Cauca, contenida en el decreto No 0500-03-2022 "POR EL LA CUAL SE EFECTUA UN NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA Y SE TERMINA UN NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD EN LA PLANTA DE CARGOS DE LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, FINANCIADA CON RECURSOS DEL SECTOR EDUCATIVO", se encuentra, que la misma, se sustenta en la expedición según resolución No 2021RES-400.300.24-5414 del 10 de noviembre de 2021 Por el cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer las vacantes definitivas del empleo denominado SECRETARIO, CODIGO 440 GRADO 8, OPEC 29597 en el marco de proceso de selección No 1136 de 2019- territorial 2019 acto que cobró firmeza total el 26 de noviembre de

[13] Sentencias C-1189 de 2005 (M.P. Humberto Sierra Porto); C-089 de 2011 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva); C-034 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa) y C-361 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).
[14] Sentencia T-084/18
[15] Sentencia SU 917 de 2010

2021, es más, el concurso de méritos inició desde el año 2019 y en el que la accionante no participó según lo expuesto por la Gobernación del cauca.

De lo pretendido por la hoy reclamante puede concluirse que al momento de la desvinculación, se encuentra justificado en el acceso a la carrera administrativa de la persona que superó el concurso de méritos adelantado por la CNSC, sin embargo la Gobernación debió protegerle sus derechos de madre de cabeza de familiar nombrándola en un cargo semejante o equivalente al de su categoría, tal como lo indica la Honorable Corte Constitucional "*la entidad demandada tenía la obligación de prodigar un trato preferencial a las madres y padres cabeza de familia, prepensionados y personas con limitaciones, que fueron retirados de los cargos de carrera que ocupaban en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación por la prevalencia de los derechos de quienes debían acceder a esos cargos al superar el concurso de méritos, como una medida afirmativa en aplicación del artículo 13 de la Constitución. Motivo por el cual, le ordenó que, de ser posible, (de existir cargos vacantes), fueran nuevamente vinculadas provisionalmente en cargos equivalentes a los que venían ocupando antes de su desvinculación, para lo cual debían demostrar cualquiera de esas condiciones para la época de su desvinculación y en el momento del posible nombramiento*[16]

Para resolver este caso en concreto, debemos tener en cuenta que la tutela fue presentada por la accionante en el mes de abril del presente año, fue repartida a este Juzgado el día 19 de abril, se admitió y fallo, decisión objeto de impugnación por la accionante. Se concedió la impugnación que correspondió al Juzgado 5 Civil del Circuito de Popayán, el cual en providencia del 16 de mayo de 2022 declaró la nulidad de todo lo actuado en esta tutela, desde el proveído de 02 de mayo de 2022, inclusive, ordenando que el Juzgado de conocimiento renueve la actuación, decisión que se acató mediante auto del 16 de mayo de 2022, notificando a quienes no se habían vinculado.

Realizada esta nueva iniciación y con validez de las pruebas arrimadas con anterioridad a la declaratoria de nulidad, se decretaron unas pruebas de oficio, entre ellas obtener información sobre la vinculación laboral de la accionante, de lo cual la respuesta no fue completa tras informar la Fundación Liceo Comercial de El Bordo que no logró revisar todos sus archivos físicos y aplicativos contables.

Se dispuso escuchar en declaración a la accionante y a su hijo Jhon Alejandro Erazo Perafán, diligencia que no se logró recaudar.

Sin embargo, de acuerdo con los elementos de prueba aportados a la tutela, encontramos la valoración socio familiar de verificación de derechos realizada por el I.C.B.F. realizada por la funcionaria CRISTINA A. VIVAS LOPEZ, Profesional Universitario de la Defensoría de Familia del Centro Zonal Centro del ICBF, elaborada el 19 de mayo de 2022, en la que se obtienen datos e información suministrados por la señora JANETH PERAFAN GALLARDO mediante visita socio familiar y en entrevista presencial, en la cual se extrae que esta familia es de tipología monoparental conformada por la progenitora la señora JANETH PERAFAN GALLARDO de 53 años de edad, oriunda de la Chorrera Timbio Cauca, estado civil soltera, quien dese el desde el 1 de abril y hasta el 30 de junio de 2022 suscribió contrato de prestación de servicios por término de 2 meses, como Técnica en Primera Infancia devengando la suma de $1.600.000 mensuales aproximadamente, como auxiliar pedagógico por dos meses desde el 1 de abril al 30 de junio del corriente año. En la respuesta a la tutela, la defensora de familia señala que la vinculación en con el Operador Liceo

[16] Sentencia SU 446-2011

Comercial del Bordo. Además, en esa valoración social familiar, se establece que la familia está conformada por la madre Janeth Perafan, I.E.P. que es menor de edad y ocupa el segundo lugar en el subsistema fraternal conformado por ella y su hermano JHON ALEJANDRO ERAZO PERAFAN de 21 años, estado civil soltero, ocupación conductor de ambulancia suscribiendo contrato desde hace 4 meses con la IPS SINTRAUNPROS quien devenga la suma de $1.800.000 mil pesos de los cuales ayuda a su madre con $200.000 mil pesos mensuales para el pago de gastos de arrendamiento.

De esta información se concluyen varias circunstancias:

Cuando la accionante presentó la tutela, ya contaba con otra actividad laboral mediante contrato de prestación de servicios en el Liceo Comercial del Bordo, respecto de la cual guardó silencio en su escrito tutelar.

Tampoco dio a conocer que su hijo JHON ALEJANDRO ERAZO PERAFAN, se encuentra activo laboralmente como lo corrobora la funcionaria del ICBF en la visita antes referida y lo hace por información dada por la señora Janeth Perafán Gallardo.

Pese a esas situaciones actuales para cuando instauró la tutela, la accionante pretende que se le garanticen los derechos fundamentales tanto de ella como de sus dos hijos JHON ALEJANDRO ERAZO PERAFAN e I. E. P., al mínimo vital, trabajo y vida digna.

Esas circunstancias de vida actuales al momento de presentar la tutela, si bien no modifican la condición de madre cabeza de familia en relación con la obligación parental con la menor I.E.P., no puede valorarse como un estado de vulnerabilidad actual, pues si bien es cierto al momento de su desvinculación de la institución educativa donde laborada con fundamento en el nombramiento de la persona que resulto ganadora del concurso, ella tenía una estabilidad laboral relativa, y no se evidencia que la Gobernación del Cauca haya tomado alguna acción afirmativa, pues aunque esa provisionalidad con la que fue vinculada no le otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge como lo enseña la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, una obligación jurídico constitucional (art.13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa[17], también debe considerarse que al proferirse este fallo y desde casi el momento de su desvinculación, la accionante cuenta con un contrato de prestación de servicios vigente mediante el cual se está prodigando un ingresos económico para sustentar las necesidades de su familia.

Aunado a lo anterior, no se encuentra demostrado que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, para que proceda la protección como madre cabeza de familia, requisito establecido en la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional[18], pues lo que se ha determinado es que su hijo, quién conforma la unidad familiar, se encuentra laborando, con un ingreso superior al salario mínimo, y que le está brindando apoyo económico a este hogar, además que como hijo esta en la obligación de socorrerla.

Al respecto se le recibió declaración bajo juramento a JHON ALEJANDRO ERAZO PERAFAN, quién informó que hace año y 5 meses trabaja como

[17] Sentencia SU-446 de 2011. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[18] Sentencia SU 388 de 2005

conductor de ambulancia, que actualmente devenga el valor de $1.400.000,oo. En cuanto al apoyo económico que le brinda a su madre, informa que él paga un crédito de $850.000,00 que realizaron para la compra de un vehículo para su desplazamiento al trabajo y para pagar deudas que su madre tenía en mundo mujer. Así mismo la accionante en la visita socio familiar, afirma que su hijo le suministra un aporte de $200.000,oo.

Lo anterior, demuestra que la accionante quiso llevar a pensar que su hijo de 21 años también debía ser objeto de la protección tutelar, pero que se evidenció en el trámite que no es así, que él es una persona activa laboralmente, y que brinda un apoyo a este núcleo familiar por lo cual se concluye que no hay una deficiencia sustancial de ayuda de la familia que implique la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Estas circunstancias actuales al momento de proferir este fallo, determinan que no hay una urgencia, ni una necesidad y debilidad manifiesta en cabeza de la señora JANETH PERAFAN GALLARDO, ni un perjuicio que pueda determinarse irremediable y actual, por lo cual la tutela no se concederá.

Ahora en relación a la protección laboral reforzada por tener la condición de víctima, pese a que esa condición se acredita con el registro de victimas reconocido por la accionada Gobernación del Cauca, lo cierto es que la estabilidad laboral reforzada en la provisión de cargos con las listas de elegibles producto de concursos de méritos, ha sido determinada por la Corte Constitucional en grupos de protección especialísimos como son: la condición de discapacidad o debilidad manifiesta, por ostentar la condición de prepensionado, por estado de embarazo o por acreditar la condición de madre o padre cabeza de familia, y que esa estabilidad es relativa y no absoluta frente a dicha población. Confluye lo anterior, que no se ha predicado ni legal ni jurisprudencialmente la estabilidad laboral reforzada de las personas víctimas del conflicto armado, por ello, esta condición no se un supuesto de permanencia en un cargo que se ha proveído por el resultado de un concurso de méritos.

De ahí que no encuentra este Despacho un sustento para prodigar la protección tutelar reclamada por la accionante como persona incluida en el registro de víctimas, ni que ello implique revictimizarla, pues su desvinculación tiene como consecuencia única, la provisión del cargo por el sistema del mérito, en respuesta a la disposición constitucional contenida en el art 125.

Frente a las entidades y personas vinculadas en el presente trámite tutelar se procederá a su desvinculación por cuanto se avizoró que no se encuentran incursas en acción u omisión que pueda ser objeto de la vulneración de derechos fundamentales invocados por la accionante.

,

DECISIÓN

El JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL DE TIMBÍO CAUCA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR LA TUTELA de los derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna y al mínimo vital propuesta por la señora YANETH PERAFAN

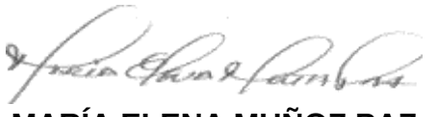
GALLARDO, identificada con la cédula de ciudadanía No 34.555.755, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia y en contra de la GOBERNACIÓN DEL CAUCA-SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO.

SEGUNDO.- Desvincular del presente trámite tutelar a las personas jurídicas y naturales vinculadas en el auto admisorio.

TERCERO.-NOTIFICAR el contenido de este decisión a las partes y a las persona vinculadas, por el medio más expedito y eficaz, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Este fallo puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. Si no se interpone el recurso, se enviará el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARÍA ELENA MUÑOZ PAZ
JUEZ