

JUZGADO VEINTIDÓS (22) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	Acción de Tutela N° 068
Accionante	NAYELY WAITOTO SALAS
Accionados	HERMENEGILDO ADALBERTO GONZÁLEZ IBARGÜEN, en calidad de Alcalde del MUNICIPIO DE BAJO BAUDÓ (Choco)
Radicado	No. 05001-41-05-007-2020-00312-00
Instancia	Segunda
Providencia	Sentencia N° 108
Temas	Derecho al debido proceso, derecho al mínimo vital, estabilidad madre cabeza de familia, estabilidad relativa en provisionalidad
Decisión	Confirma

SENTENCIA TUTELA

Se decide la impugnación interpuesta por la accionante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín, en acción de tutela instaurada por la señora **NAYELY WAITOTO SALAS**, con cédula de ciudadanía 1.077.435.033, como de su hijo, menor de edad, **JARRY SANTIAGO BARCOS WAITOTO**, con registro civil 1.025.771.544, en contra del señor **HERMENEGILDO ADALBERTO GONZÁLEZ IBARGÜEN**, en calidad de Alcalde del **MUNICIPIO DE BAJO BAUDÓ (CHOCÓ)**.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como hechos que interesan, en síntesis, expone la tutelante en el escrito mediante el cual promueve la presente acción, que por medio del Decreto 32 del 07 de junio de 2019, fue nombrada, en provisionalidad, en el cargo de Auxiliar Administrativo (Bibliotecaria) de la Alcaldía Municipal de Bajo Baudó, código 367, grado 04. Cargo del que tomé posesión el mismo día y que desempeñó hasta el 13 de agosto de 2020; que por medio del Decreto 057 de 13 de agosto de 2020, la Administración Municipal revocó en forma directa el nombramiento referido, aduciendo para ello, que, una vez modificado el Manual de Funciones de dicho cargo, ya no cumplía con los requisitos del mismo.

Menciona que cuando fue nombrada en el cargo de Auxiliar Administrativo (Bibliotecaria), se encontraba vigente el Manual de Funciones del año 2017, que establecía como requisitos del cargo ser bachiller en cualquier modalidad y tener 2 años de experiencia, requisitos que cumplía para posesionarse en el cargo; que el nuevo Manual de Funciones, expedido por la Administración Municipal, del 14 de julio de 2020, mediante el Decreto 048, fue posterior a su nombramiento y posesión, se establecen nuevos requisitos del cargo, los cuales no cumple, lo que significa que se le está aplicando una norma posterior en forma desfavorable, contrariando los principios de favorabilidad y legalidad.

Señala la actora que la Administración Municipal, con el acto administrativo referido, afectó gravemente sus derechos fundamentales ya mencionados, pero además, desconoció flagrantemente lo establecido en el artículo 97 del CPACA que establece que “*cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado*

sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular”, que no ha otorgado el consentimiento aludido en ningún momento, y ni siquiera ha sido solicitado por la Administración; agrega que el cargo que desempeñaba no ha sido sometido a concurso de méritos, que no se le ha impuesto sanción disciplinaria ni ha sido objeto de calificación insatisfactoria, ni media ninguna otra razón específica atinente al servicio que venía prestando como bibliotecaria del ente Municipal, por lo que considera que abiertamente inconstitucional la decisión adoptada por el señor Alcalde, por desconocimiento incluso del precedente constitucional, al cual está sometido como autoridad del orden ejecutivo.

Menciona que es madre cabeza de familia, situación que declara bajo gravedad de juramento, tiene un hijo de cuatro (4) años, que al igual que ella, dependen exclusivamente de los ingresos que percibía como funcionaria nombrada en provisionalidad en la Administración Municipal, lo que, creíamos, nos otorgaba una estabilidad relativa; ahora, menciona, que sus condiciones mínimas materiales de existencia se encuentran menguadas; lo que se agrava más aún en tiempos de pandemia; sostiene que según el Decreto 0491, expedido por el Gobierno Nacional, y en múltiples Circulares del Ministerio del Trabajo, las entidades del Estado deben procurar que los trabajadores sigan desarrollando sus funciones durante el aislamiento preventivo obligatorio y garantizar los puestos de trabajo durante la Emergencia Económica, Social y Ecológica y la declaratoria de Emergencia Sanitaria, esto es, no dejarlos sin esa fuente de ingreso poniéndolos en alta vulnerabilidad e indefensión, como ahora les ocurre a su hijo y a ella.

PRETENSIONES

Solicita la accionante que se amparen los derechos fundamentales a la vida, la seguridad social, igualdad, trabajo, mínimo vital, dignidad humana, protección laboral reforzada en calidad de madre cabeza de familia, permanencia y ejercicio de la función pública y debido proceso, y como consecuencia de lo anterior, se ordene al accionado, proceder a efectuar su reintegro al mismo cargo en el que venía o a otro igual o de superior categoría, así mismo, ordenarle a la entidad pagarle los salarios causados durante su retiro.

INFORME DE PARTE DE LA ACCIONADA:

Debidamente notificada, la entidad accionada presentó respuesta, mediante el señor HERMENEGILDO ADALBERTO GONZÁLEZ IBARGÜEN, en calidad de alcalde, quien manifiesta que la presente acción debe ser conocida por el Juez Promiscuo Municipal del Bajo Baudó, debido al lugar donde ocurrieron los hechos. Respecto a los hechos de la tutela afirma que la actora no fue revocada, sino que fue declarada insubsistente con fundamento en la Ley 190 de 1995, Decreto único reglamentario 1083 de 2015, adicionado por el decreto 648 de 2017.

En lo referente a que la accionante sea catalogada como madre cabeza de familia afirma que hay ausencia de prueba que demuestre que el padre del hijo no asume la responsabilidad de padre y que al ser la localidad de Pizarro bajo Baudó pequeña y todos se conocen entre sí, es de público conocimiento que la accionante vive con su madre, su compañero permanente HARRY SAMIR BARCO PALACIOS y sus hermanos los cuales trabajan y ayudan al sostenimiento del hogar, por lo que no se afecta la dignidad humana de la accionante, que el despido fue motivado lo que garantiza el debido proceso. Por lo anterior solicita se desestime las pretensiones de la parte actora.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza *a-quo*, mediante providencia del 12 de abril de 2021 concedió la tutela de los derechos invocados, en los siguientes términos:

“PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital, madre cabeza de familia de la señora NAYELY WAITOTO SALAS identificada con C.C. 1.077.435.033 en nombre propio y de su hijo menor JARRY SANTIAGO BARCOS WAITOTO, frente a HERMENEGILDO ADALBERTO GONZÁLEZ IBARGÜEN, en calidad de ALCALDE DEL MUNICIPIO DE BAJO BAUDÓ -CHOCÓ, conforme lo expresado en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR al señor HERMENEGILDO ADALBERTO GONZÁLEZ IBARGÜEN, o quien haga sus veces, en calidad de ALCALDE DEL MUNICIPIO DE BAJO BAUDÓ -CHOCÓ, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, proceda a reintegrar a la señora NAYELY WAITOTO SALAS SALAS identificada con C.C. 1.077.435.033, en el cargo de Auxiliar Administrativo (Bibliotecaria), código 367, grado 04, o en uno de igual o superior jerarquía

...”

OBJETO Y FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte accionada, impugnó la decisión, aduciendo para ello, que la accionante no acredita la calidad de madre cabeza de familia, y por consiguiente la condición de sujeto de especial protección, dado que la actora alega que no tiene marido, pero allega posteriormente una prueba sobrevenida a la entidad territorial en la cual se refleja que está en embarazo, quedando claro que no es madre cabeza de hogar, sino que la responsabilidad del mismo la tiene su compañero, y con ello, se desdibuja así el derecho al mínimo vital y móvil concedido por el *a-quo*; que además no se advierte el perjuicio irremediable llamado a ser protegido; no se encuentra la vulneración al mínimo vital de la tutelante en la medida en la que vive con su madre, quien se encuentra activa laboralmente, sin que se vea afectada la posibilidad de acceder a los servicios de salud, como los recibe en la actualidad, por parte del régimen subsidiado, EPS BARRIOS UNIDOS.

Menciona la improcedencia de la acción de tutela, en los términos del artículo 86 de la Constitución Política y 5° del Decreto ley 2591 de 1991, pues ellos contemplan la posibilidad que tienen los particulares de acudir a la solicitud de amparo para hacer valer sus derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Por todo lo anterior solicita que sea revocada revocar la sentencia de tutela emitida en primera instancia, y se nieguen las pretensiones de la misma.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para conocer la presente acción constitucional, conforme lo consagra los artículos 86 de la Constitución Política y 32° del Decreto 2591 de 1991. Esta acción de tutela es un mecanismo para la protección inmediata de los Derechos Fundamentales Constitucionales cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en los casos contemplados por la ley; dicho mecanismo opera siempre y cuando el ciudadano afectado no disponga de otros medios para la protección de los derechos conculcados o, existiendo esos medios, la acción se utilice como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

La Carta Política, en su artículo 29, prescribe que **“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”**, es así como a lo largo de su jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el contenido esencial de este derecho fundamental¹. En tal sentido se ha entendido que éste parte del principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual, éstas se encuentran obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas las garantías constitucionales básicas como son el derecho de defensa, de contradicción, de impugnación, etc. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-641 de 2002, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil consideró lo siguiente:

“De ahí que esta Corporación haya definido el derecho fundamental al debido proceso, como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley”².

Por otra parte, el derecho al debido proceso tiene como objetivo fundamental, la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P). Con este propósito, la Corte ha determinado que, en esencia, “el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional”³.

Por consiguiente, el debido proceso exige de las autoridades públicas la sujeción de sus actuaciones a los procedimientos previamente establecidos, ajenos a su propio arbitrio y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y en la ley.

Entre los elementos más importantes del debido proceso, en lo que se refiere a la administración de justicia, la Corte Constitucional ha destacado: (i) la garantía de acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de lograr una pronta resolución judicial y el derecho a la jurisdicción; (ii) la garantía de juez natural; (iii) las garantías inherentes a la legítima defensa; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) la garantía de imparcialidad; entre otras garantías.

De la misma manera la Alta Corporación ha destacado la competencia del Legislador para regular el derecho al debido proceso, de conformidad con los artículos 29 y 150, numerales 1° y 2° de la Constitución Política, que consagra que es al legislador a quien corresponde regular los diversos procesos judiciales y administrativos, y establecer las etapas, oportunidades y formalidades aplicables a cada uno de ellos, así como los términos para interponer las distintas acciones y recursos ante las autoridades judiciales y administrativas.

3. EL DERECHO DE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS

El derecho de acceso a los cargos públicos está prescrito en el numeral 7° del artículo 40 de la Carta Política. Aquí se consagra que **“todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 7.**

¹ Sentencias T-011 de 1992; T-438 de 1992; T-445 de 1992; C-019 de 1993; C-114 de 1993; C-275 de 1993; T-043 de 1994; T-343 de 1994; T-099 de 1995; T-185 de 1995; C-218 de 1996; C-407 de 1997; T-1232 de 2000; T-945 de 2001; C-175 de 2001 y T-1341 de 2001.

² Sentencias T-467 de 1995, T-238 de 1996 y T-061 de 2002.

³ Sentencia C-214 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse”.

Este derecho que reviste singular importancia dentro del ordenamiento constitucional, pues comporta la ventaja subjetiva de optar por este tipo de cargos, como también y constituye un espacio de legitimación democrática, el cual debe ser diferenciado del derecho al trabajo. Así, el derecho al trabajo prescrito en el artículo 25 de la Constitución Política está compuesto por diversos elementos, algunos relacionados con el deber estatal de propiciar políticas de empleo y otros que, vistos desde la esfera subjetiva, están relacionados con el derecho a elegir un empleo y que éste se proporcione en condiciones dignas y justas⁴. Por su parte, el derecho a acceder a un cargo público, consiste en la garantía que tiene todo ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria.

Respecto del derecho al trabajo en relación con el acceso a los cargos públicos, ha indicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵ que dicha garantía se materializa en cabeza del ganador del concurso, a quien le asiste el derecho de ser nombrado; en este sentido, a la posibilidad de acceder a un empleo se suma la garantía del deber estatal de impedir que terceros restrinjan dicha opción⁶. Al tratar esta materia en sentencia T-625 de 2000, el Alto Tribunal Constitucional indicó: *“La vulneración del derecho al trabajo se produce cuando una acción u omisión arbitraria de las autoridades limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima”.*

De lo anterior se vislumbra que la persona que supera las pruebas del concurso público de méritos, se convierte en el titular del derecho al trabajo, y por ende, tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, pues sólo en este momento el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del ganador.

Es así, como el derecho de acceder a cargos públicos está ligado a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria. Por su parte, el derecho al trabajo, en las situaciones de acceso a cargos públicos se materializa cuando se crea en el titular el nacimiento del derecho subjetivo, es decir, cuando en virtud del mérito y la capacidad del aspirante obtiene el mejor puntaje, de lo cual se sigue o deviene su nombramiento y posesión.

En cuanto al alcance del derecho a acceder a cargos públicos, la Corte Constitucional ha destacado el carácter fundamental de dicho derecho. Así, en la sentencia T-003 de 1992, señaló al respecto:

“El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa.”

La misma corporación, también frente al alcance del derecho de acceso a cargos públicos, en la sentencia SU-544 de 2001⁷, sostuvo:

“El derecho a acceder a cargos públicos debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, a no

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “a”. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 01272-01(ac).

⁵ Sentencias C-040 de 1995, C-037 de 1996 y SU-133 de 1998.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “a”. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 01272-01(ac).

⁷ M.P. Eduardo Montealegre Lynett

ser desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones”.

En cuanto al ámbito de protección del derecho de acceso a cargos públicos como derecho fundamental, la Corte Constitucional en la sentencia SU-339 de 2011⁸, hizo referencia a las distintas dimensiones que entran en la órbita de protección de dicho derecho. En palabras de dicho Alto Tribunal Constitucional:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público”.

En conclusión, como lo resumió la sentencia T-257 del 29 de marzo de 2012, donde fuera ponente, el magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB:

“De lo anterior se desprende que, cuando no está en discusión la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo público⁹, se puede considerar la existencia de una amenaza o violación del derecho fundamental. No obstante, en casos en los que está en discusión el hecho de si el actor cumple o no con los requisitos para acceder al cargo, es posible proteger otra faceta de dicho derecho: la garantía de que los cuestionamientos en torno al nombramiento y a la posesión se hagan respetando plenamente los procedimientos previstos para ello en la ley. Entonces, si la afectación proviene de la duda sobre la titularidad¹⁰ o de la violación de otro derecho fundamental¹¹, la consideración sobre una violación al derecho fundamental al acceso y desempeño de funciones públicas depende de que aquellas cuestiones sean resueltas de antemano.”

De lo anterior, tenemos que, el derecho de acceder a cargos públicos, consiste en la posibilidad que tienen los ciudadanos de presentarse a concursar para proveer dichos cargos, una vez se hayan cumplido los requisitos previstos en la convocatoria para postularse; este derecho implica protección a favor de los ciudadanos en el sentido de que las decisiones estatales no pueden arbitrariamente impedirles acceder a un cargo público, así como tampoco pueden estar encaminadas a desvincularlos de manera arbitraria del mismo.

4. LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE QUIENES OCUPAN EN PROVISIONALIDAD CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA

La Corte Constitucional ha señalado que los servidores públicos que se encuentran en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral que ha denominado como intermedia; es intermedia porque si bien no tienen la misma estabilidad de los funcionarios de carrera administrativa que se encuentran en propiedad luego de haber agotado un concurso de méritos, en contraste, tampoco su desvinculación puede asimilarse a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, para quienes su permanencia en el cargo depende de la facultad discrecional del nominador debido a que cumplen funciones de confianza y manejo. Frente a éstos últimos, la jurisprudencia constitucional ha reconocido una estabilidad laboral precaria.

Es así, como en sentencia T-800A del 21 de octubre de 2011, siendo ponente el magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, sobre el tema en extenso indicó:

⁸ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁹ Sentencia T-294 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹⁰ Sentencia T-045 de 1993. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein

¹¹ Sentencia SU-250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero

*“En el asunto de estudio, en los cargos de carrera cuya vinculación se cumple en provisionalidad, la Corte Constitucional ha considerado que la estabilidad laboral intermedia de que gozan estos funcionarios se materializa en que su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional, sino que debe ser motivada en una justa causa que objetivamente sustente la separación del cargo, como lo son: **la comisión de una falta penal o disciplinaria, o la elección de un funcionario por medio de la realización de un concurso de méritos, todo lo cual debe determinarse atendiendo al respeto y protección de los derechos de debido proceso y de defensa. Quiero ello decir que el retiro de estos funcionarios debe hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado, ya que la estabilidad intermedia a la que se hace referencia, se concreta en que al ser desvinculados se les indiquen específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.**”*

El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad cuando se presentan vacancias definitivas o temporales “mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”. Lo anterior significa que cuando una persona agota todas las etapas propias del concurso de méritos y obtiene el primer puesto en la lista de elegibles desplazada al funcionario que viene ocupando el cargo en provisionalidad. Esta situación en sí misma considerada no vulnera derechos fundamentales, ya que el funcionario que ejerce el cargo en provisionalidad conoce que su situación administrativa laboral es de estabilidad temporal y que en cualquier momento puede posesionarse en el empleo una persona que detenta un mejor derecho derivado del concurso de méritos para proveer en propiedad.”

Por consiguiente, es lógico concluir que en el caso que nos atañe, el empleado que ejerce el cargo de carrera administrativa en provisionalidad, cuenta con una estabilidad laboral reforzada la cual no se considera absoluta, sino *intermedia*, es decir, una vez se presenten las casuales legales, como se anotó, para terminar su vinculación temporal, la administración está obligada a proceder de conformidad; es por ello, que a partir de ese momento, la persona que tenga el mejor derecho en la lista de elegibles para acceder al cargo de carrera administrativa en propiedad, podrá ser nombrada y tomar posesión del mismo.

5. DERECHO AL MÍNIMO VITAL

La Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues *“constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”*¹².

De acuerdo a lo anotado, también se ha señalado que el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que, por el contrario, es cualitativo, ya que su contenido depende de las condiciones particulares de cada persona. Así, este derecho no es necesariamente equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y depende del entorno personal y familiar de cada quien. De esta forma, cada persona tiene un mínimo vital diferente, que depende en últimas del estatus socioeconómico que ha alcanzado a lo largo de su vida. A este respecto, en la Sentencia SU-995 de 1999, la Corte Constitucional indicó:

“... La valoración del mínimo vital del pensionado no es una calificación objetiva, sino que depende de las situaciones concretas del accionante. Por consiguiente, el concepto de mínimo vital no se identifica con el monto de las sumas adeudadas o a “una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo”(…)”.

¹² Sentencia SU-995 de 1999.

Ahora bien, aunque existen diferencias cualitativas en torno al mínimo vital, esto no significa que cualquier variación en los ingresos que una persona recibe acarrea una vulneración de este derecho. En efecto, existen cargas soportables, que son mayores cuando una persona tiene mejores ingresos que otras. En este sentido ha mencionado en varias ocasiones la Alta Corporación que, por estar ligado el mínimo vital a la dignidad humana, y por estar ésta última ligada a su vez a la posibilidad de satisfacer necesidades básicas, entre mayor posibilidad financiera exista para la asunción de estas últimas, menor posibilidad de que se declare la vulneración del mínimo vital en sede de tutela. Se requeriría para que ello ocurriera de una prueba suficiente, rigurosa y contundente, que mostrara que a pesar de existir una suma financiera razonable para asumir las necesidades básicas, las mismas no pueden ser satisfechas por las excepcionales circunstancias del caso concreto.

6. PROTECCIÓN DE LAS MADRES CABEZA DE FAMILIA A TRAVÉS DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

El artículo 43 de la Constitución Política establece que “(...) *El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (...)*”; lo cual permite, en determinadas circunstancias (madre trabajadora) interpretar la existencia de una protección a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada. En estudio de control abstracto, la Corte Constitucional determinó que la protección especial a mujeres cabeza de familia debía ser entendido en los siguientes términos:

“El apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad.

En este orden de ideas, no sería compatible con estas finalidades de inspiración igualitaria dentro de un Estado social de derecho, que las medidas de apoyo especial a las mujeres cabeza de familia fueran dirigidas principalmente a permitir que “cumplan bien su rol doméstico dentro del hogar”, puesto que ello constituiría una reproducción del estereotipo que precisamente está asociado a las desigualdades sociales que el constituyente quiso corregir. El apoyo especial garantizado por la Constitución en estos casos es aquel que permite a la mujer desarrollar libre y plenamente sus opciones de vida sin que ser cabeza de familia se constituya en un obstáculo o una carga demasiado pesada para ello. Se trata de impedir, por ejemplo, que ser cabeza de familia le cierre opciones laborales a la mujer o que escoger una oportunidad de trabajo implique dejar de atender las responsabilidades que, tanto para los hombres como para las mujeres, significa ser cabeza de familia”.

Igualmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional señaló que la estabilidad laboral de mujeres cabeza de familia tiene un origen supralegal, pues responde a imperativos constitucionales, erigidos como fines esenciales del Estado Social de Derecho, así:

“Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado¹³ que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están

¹³ Sentencias C-184/03, C-964/03, C-044/04, T-768/05 y T-587/08.

llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado”.

Por otra parte, la misma Alta Corporación ha considerado que con la protección a las mujeres cabeza de familia también se busca preservar las condiciones dignas de sus hijos y de las personas que dependen de ella, así lo precisó en la sentencia T-803 de 2013:

“La categoría de mujer cabeza de familia busca entonces “preservar condiciones dignas de vida a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella, al tiempo que se pretende apoyar a la mujer a soportar la pesada carga que por razones, sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, abriéndoles oportunidades en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos”. Tal condición encierra el cuidado de los niños y de personas indefensas bajo su custodia, lo que repercute en los miembros de la familia, e implica de igual manera, por vía de interpretación, la protección hacia el hombre que se encuentre en situación similar”.

En suma, para la Corte Constitucional no cabe duda de que la implementación de medidas como la estabilidad laboral reforzada para mujeres cabeza de familia, responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 44, 53 y especialmente 43 (inciso segundo) de la Constitución Política y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho. Ello busca garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona, la protección de la familia y, de manera especial, la supremacía de los derechos de los niños.

En este sentido, el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, *“Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”*, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, establece que *“(…) es Mujer Cabeza de familia, quien (…) ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar”*¹⁴. En tal virtud, la ley confiere a la mujer una especial protección en los siguientes términos *“El Gobierno Nacional establecerá mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de familia, promoviendo el fortalecimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales, procurando establecer condiciones de vida dignas, promoviendo la equidad y la participación social con el propósito de ampliar la cobertura de atención en salud y salud sexual y reproductiva; el acceso a servicios de bienestar, de vivienda, de acceso a la educación básica, media y superior incrementando su cobertura, calidad y pertinencia; de acceso a la ciencia y la tecnología, a líneas especiales de crédito y a trabajos dignos y estables”*.

A su vez, el Decreto 3905 de 2009, *“Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa”*, modificado por el Decreto 1894 de 2012, dispuso una protección especial para las madres cabeza de familia, la cual se debería tener en cuenta antes de desvincularla de un empleo provisional. Dicha protección especial se estableció en los siguientes términos: *“Artículo 7º. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: Parágrafo 2º. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia”*.

¹⁴ “ARTÍCULO 2o. JEFATURA FEMENINA DE HOGAR. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil. En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

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

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

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto que para acreditar la condición de madre cabeza de familia: (i) es indispensable el total abandono del hogar por parte de la pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre; (ii) el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia. Ahora bien, (iii) la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, no es una prueba necesaria para acreditar la condición de cabeza de familia, pues dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto.

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

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

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

7. CASO CONCRETO

La parte accionada, muestra su inconformidad con la sentencia de tutela de primera instancia, por cuanto en su parecer, no acredita la accionante que reúne las condiciones para ser acreedora de la protección laboral reforzada que busca, pues además de NO ser madre cabeza de familia, considera que cuenta con otros mecanismos para garantizar la protección de los derechos invocados, como lo es acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, para controvertir el acto administrativo que la declaró insubsistente; señala que no se vulneró el debido proceso en su caso, y que la tutelante no reúne las exigencias legales para desempeñar el cargo público del que fue desvinculada.

Para comenzar con el estudio del asunto sub-examine, abordaremos lo que tiene que ver con la **subsidiariedad** del presente trámite, encontrando que cuando, la parte actora, como lo hace la tutelante, invoca la afectación al mínimo vital en condición de madre cabeza de familia, es viable

acudir a la acción de tutela, para buscar la protección de sus derechos fundamentales, encontrando que la Corte Constitucional ha expuesto las características sobre el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable por afectación del derecho al mínimo vital, recordando que el mismo se caracteriza por *“(i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza, de un mal irreparable que está pronto a suceder; (ii) la gravedad, que implica que el daño o menoscabo material o moral del haber jurídico de la persona que pueda ocurrir sea de gran intensidad, (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) la impostergabilidad de la tutela, que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales”*¹⁵.

Por lo anotado, la misma Corte Constitucional ha señalado igualmente que para la comprobación de la inminencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, se deben observar criterios como *“(i) la edad de la persona, por ser sujeto de especial protección en el caso de las personas de la tercera edad; (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo o de las personas obligadas a acudir a su auxilio. En estos eventos, debe mencionarse que la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado”*¹⁶.

A pesar de lo referido, es pertinente señalar que, ante un despido, o terminación de una relación laboral, en principio los desempleados se encuentren ante una situación de reducción de sus ingresos mensuales, pero por sí sola dicha reducción de ingresos no es suficiente de forma automática para hacer procedente la acción de tutela, pues lo que se pretende con la acción de tutela es proteger el mínimo vital de una persona y/o de su familia; por ende, quien alega la vulneración al derecho fundamental al mínimo vital debe demostrar que, ante el desempleo, no tiene las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para contar con una vida en condiciones dignas.

Acorde con lo visto, la manifestación hecha por la tutelante, en el hecho 7º de la tutela, y la ausencia de una prueba en contrario, se tiene entonces por superado este escollo, en cuanto a la procedibilidad de la presente acción, por afectación al mínimo vital.

Es que según pronunciamientos de la Corte Constitucional, la condición de la demandante, se ve doblemente protegida, dado, que, en forma final, tenemos que el menor, JARRY SANTIAGO BARCOS WAITOTO sufre de padecimientos en su estado de salud, que lo hacen un sujeto de especial protección, por sí sólo.

Sobre las exigencias para ser considerada madre cabeza de familia, tenemos:

“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar”; ello se acredita con la declaración por surtida por la accionante en los hechos del escrito inicial.

“(ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente”; según afirmación que no fuera rebatida por la entidad accionada.

“(iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre”, según lo sostenido en la declaración extraprocesal allegada con la impugnación del 7 de septiembre de 2020.

¹⁵ Ver sentencia T-309/10.

¹⁶ Ver sentencia T-881/10.

“(iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte”; hecho relevado con la documental antes señalada.

“(v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”; la afirmación es categórica en los hechos de la tutela, sin que haya sido controvertido.

En cuanto a la **existencia de otro mecanismo**, tenemos, que en efecto, la decantada jurisprudencia de la Corte Constitucional, por regla general, ha señalado que la solicitud de reintegro al cargo de un servidor público no procede a través de la acción de tutela, dado que el ordenamiento jurídico nacional ofrece otros mecanismos de defensa judicial que brindan a los ciudadanos un escenario apropiado para ventilar tales pretensiones, como lo es, en particular, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Es así, como según lo establecido en la Ley 1437 de 2011, los servidores públicos desvinculados pueden acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y una vez ahí, solicitar las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que se ajusten al caso en concreto, incluso habilitando para el caso lo señalado en el artículo 229 y siguientes de dicha norma, en cuanto a la posibilidad de que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se solicite la práctica de medidas cautelares, con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Sobre ello, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-355 de 2015, reconoció la importancia del proceso contencioso administrativo, considerando que en dicho escenario, el juez tiene la posibilidad de adoptar cualquier tipo de medida cautelar, a fin de atender las necesidades específicas del solicitante, indicando que dichas medidas tienen la potestad de ser efectivas para buscar la protección de los derechos constitucionales; es más, para su procedencia se estableció que la solicitud debe encontrarse debidamente sustentada y presentada en cualquier estado del proceso.

Específicamente, la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se encuentra regulada en el artículo 231, en el cual se contempló para su procedencia la comprobación de una contradicción entre el acto demandado y una norma superior a partir de la evidencia o del estudio de las pruebas allegadas a la solicitud. Para las otras medidas cautelares, el mismo artículo establece que su decreto será procedente cuando concurren los siguientes requisitos: (i) la demanda presentada debe estar razonablemente fundada en derecho; (ii) el demandante debe demostrar, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; (iii) el demandante debe haber allegado los documentos, argumentos y la justificación que permita concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y (iv) se debe demostrar que al no otorgarse la medida se causaría un perjuicio irremediable o en su defecto, que existen serios motivos para considerar que de no hacerlo los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Sumado a lo anotado, dispone la norma en comento, que para la concesión de medidas cautelares se deberá prestar una caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con su decreto; estando exceptuados de la anterior exigencia, la petición de suspensión provisional de

los efectos de los actos administrativos, los procesos que tengan por finalidad la defensa y la protección de los intereses colectivos, así como las medidas solicitadas por una entidad pública.

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

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

Y descendiendo al caso de marras, tenemos, como antes se anotó, que en efecto las situaciones que presenta la accionante, junto a su hijo, menor de edad, y la afectación de sus diversos derechos fundamentales, ya mencionados, hacen procedente el estudio de la presente acción constitucional y su viabilidad en cuanto a las peticiones en ella hechas, más aún cuando acredita que ha sido víctima de la violencia por desplazamiento forzado, así como su hijo.

Sobre la provisión de cargos públicos, tema esencial en la presente tutela, tenemos que la Constitución Política, en su artículo 125, establece el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo algunas excepciones como los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajos oficiales, y los demás que determine la ley. De igual manera, el artículo dispone que, (i) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados a través de concurso público; (ii) 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; (iii) 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 el Constitución o la ley, y por último, (iv) descarta la afiliación política como criterio determinante para el nombramiento, ascenso, remoción de un empleo de carrera.

No es otro el propósito de esta norma constitucional, como lo dispone la sentencia T-373 de 2017, en consonancia con el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que la de crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. De acuerdo con esta disposición, la Corte Constitucional ha sostenido 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, el cual puede ser exigible frente a la Administración como a los funcionarios públicos que se encuentran desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por este motivo, la Alta Corporación Constitucional ha reiterado que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los cargos de carrera administrativa, debido a que existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en

carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales, en especial en cuanto a su vinculación y retiro.

De allí que los empleados que acceden a los cargos públicos a través de un concurso de méritos y aquellos que desempeñaban en provisionalidad los cargos de carrera tienen diferencias marcadas. Por una parte, los funcionarios que acceden a los cargos mediante el concurso de méritos cuentan con una mayor estabilidad, al haber superado las etapas propias del concurso, **impidiendo así el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales**. El acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa debe ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución, además de otros requisitos que determina la ley, según el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

De otra parte, aquellos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe establecer únicamente las razones de la decisión, lo cual para la Corte Constitucional constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad, como lo fuera señalado en la Sentencia T-373 de 2017, ya referida.

Sobre la estabilidad de los empleos, de quienes fueron nombrados en provisionalidad, tenemos que el artículo 53 de la Constitución Política establece que uno de los principios mínimos de las relaciones laborales es el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en su empleo, a menos de que exista una justa causa para su desvinculación o despido; igualmente la jurisprudencia constitucional ha reconocido el “*derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada*”, que se deriva del principio de derecho a la igualdad de trabajo y que se materializa con medidas diferenciales en favor de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad¹⁷.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha manifestado que la estabilidad laboral se trata de:

“una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales”.

Y sobre ello, ha sido enfática dicha corporación, al indicar que las personas que gozan de estabilidad laboral reforzada son aquellas personas que se encuentran amparadas por el “*fuero sindical, en condición de invalidez o discapacidad y las mujeres en estado de embarazo*”.

Ahora bien, en el caso de los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, la Corte ha manifestado que gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación. De esta manera, el Máximo Tribunal Constitucional, en SU-446 de 2011, entre otras decisiones, ha reiterado que la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una

¹⁷ Sentencia T-014 de 2019.

persona que ganó el concurso “no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”.

Al respecto, en dicha providencia se precisó:

“la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente”.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, **como las madres y padres cabeza de familia**, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad; en estos casos, ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando, tal como lo expusiera en decisión T-373 de 2017, en la cual indicó que:

“Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante”.

Es claro entonces, que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los empleados públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos empleados públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público, como se dejó plasmado en las sentencias SU-691 de 2017 y T-373 de 2017.

De otra parte, como se anotó en la sentencia C-640 de 2012, por medio de la cual resolvió las “Objeciones Gubernamentales al Proyecto de Ley N° 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, “por la cual se implementa el retén social, que garantiza la estabilidad laboral a grupos vulnerables y se dictan otras disposiciones.”, sobre el tema de manera concreta anotó:

*“No obstante, a pesar del carácter eminentemente transitorio que caracteriza a los cargos en provisionalidad, la jurisprudencia constitucional les ha reconocido, cuando la vacante ocupada en provisionalidad es definitiva, un cierto grado de estabilidad derivada de los derechos al debido proceso y de defensa, consistente en: **“(i) la necesidad de motivación de los actos que los desvinculan y (ii) la imposibilidad de reemplazarlos, aun motivando la desvinculación, con funcionarios que no hayan superado los concursos públicos y abiertos. Lo anterior no significa que el nombramiento en provisionalidad otorgue al funcionario un derecho adquirido a la permanencia en el empleo.”** (Subrayas y negrillas fuera de texto)*

Señalando más adelante, en la misma providencia:

“La Corte ha sostenido que no existe para los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera vacantes en forma definitiva, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en dicha carrera y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo, ha reconocido que a los primeros le asiste “un cierto grado de protección”, o protección intermedia, que “consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera” (Art. 125 C.P). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo”, es decir, deben ser motivados, exigencia plasmada en la jurisprudencia constitucional desde hace más de doce años, tal y como fue advertido en la sentencia SU-446 de 2011.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Es claro entonces que en el **caso bajo análisis**, la vinculación de la señora NAYELY WAITOTO SALAS se dio mediante se dio por medio del Decreto 32 del 7 de junio de 2019, expedido por la Alcaldía de Bajo Baudó – Pizarro (Choco), para desempeñarse en el cargo de Auxiliar Administrativo (Bibliotecaria), código 367, grado 04, de la alcaldía de dicho municipio, según se acredita con la documental adosada a la acción de tutela, dado que ella contaba con las exigencias para ello, de acuerdo con las páginas 41 y 42 del MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y DE COMPETENCIAS LABORALES PARA LOS EMPLEOS DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL MUNICIPIO DE BAJO BAUDO - DEPARTAMENTO DEL CHOCO, del año 2017, también allegado al expediente.

Al parecer por medio del Decreto 48 del 14 de julio de 2020, expedido por el ente territorial, se modificó el manual de funciones que regía desde el año 2017, y allí mismo, se cambiaron las exigencias para poder prestar el servicio en el cargo de Auxiliar Administrativo (Bibliotecaria), código 367, grado 04, requisitos que la señora WAITOTO SALAS no reunía, y por tal razón, fue desvinculada, declarándola insubsistente, según el Decreto 057 del 13 de agosto de 2020, emitido por la Alcaldía Municipal de Bajo Baudó (Choco), el cual reposa en el archivo contentivo de la presente acción.

Considera este operador constitucional que la señora NAYELY WAITOTO SALAS tenía una expectativa legítima en cuanto a la continuidad de la vinculación laboral que presentaba con la administración municipal, en la medida, que era beneficiaria de una estabilidad relativa, que le cobijaba, en razón a la naturaleza de su vinculación, y tratarse de una persona en provisionalidad, que se ve reforzada por ser madre cabeza de familia, ser víctima de la violencia por desplazamiento forzado, y además tener a su hijo, menor de edad, con afecciones de salud, que lo hacen un sujeto de especial protección constitucional.

Los cambios abruptos de la administración, en cuanto a los requisitos para proveer un cargo, por si solos, no generan una desvinculación automática de quienes vienen desempeñándose en ellos, de manera provisional y no reúnan tales exigencias, pues basta recordar, como en el caso de la accionante, que en efecto, para el momento de su ingreso, si las tenía, en virtud de las condiciones que en esa época estaban vigentes.

Es así como se advierte, que la accionante y su hijo, menor de edad, al haber superado el test de subsidiariedad de la presente acción, ven afectados sus derechos fundamentales al debido proceso, y al mínimo vital (como perjuicio irremediable), pues la decisión de la administración va en contravía de cualquier garantía constitucional, en cuanto a buscar generar la menor afectación posible de las condiciones de vida de la quejosa, dado que al ser quien soporta la carga económica, ve la tutelante, en riesgo sus condiciones dignas de subsistencia.

No encuentra sustento alguno este funcionario en los criterios tenidos en cuenta por la administración para desvincular a la accionante, una vez modificó los requisitos para el cargo que ella desempeñaba, y debió buscar compaginar la necesidad del servicio, con el retiro de la tutelante del cargo que venía desempeñando; pues una cosa no va en contravía de la otra, advirtiendo que bien podía, permanecer en dicha vacante hasta tanto no fuera proveída en forma definitiva, como resultado de un concurso de méritos, o por alguna otra razón objetiva, como lo señaló la Corte Constitucional en las decisiones ya citadas.

Hay que reiterar que NO es un derecho consolidado para estar vinculado de manera permanente, cuando es evidente que su enganche fue provisional, pues como se anotó, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha decantado que ello va de la mano de *“la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza”*.

No se advierten razones por las cuales, la señora NAYELY WAITOTO SALAS no pueda seguir vinculada en su cargo, mientras se presenten las circunstancias permitidas por la ley, la constitución, y la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, para ser removida de manera objetiva, como ya fue explicado; por lo que la actuación de la administración se torna contraria a derecho, pues no tiene presentación alguna que se le exijan una serie de requisitos, modificados con posterioridad a su vinculación, para que se desempeñe en el cargo en cuestión, y a renglón seguido sea retirada del servicio, aduciendo precisamente esa falta de idoneidad.

Por lo anotado, el ente municipal incurre en varios desatinos en su proceder, que hacen viable la concesión de la presente acción de tutela, entre ellos, la garantía del debido proceso, pues las condiciones para proveer el cargo desempeñado por la tutelante, fueron modificadas de manera repentina, sin que se le permitiera seguir en el mismo, mientras era proveído de manera definitiva, en razón a que estas exigencias si bien son legales, no así la necesidad de la desvinculación de la actora, pues la calidad del servicio no se vería afectado con la continuidad de la señora NAYELY WAITOTO en su cargo; y es que basta recordar, que esta potestad o facultad de la administración, de “profesionalizar” la planta de personal es lógica y conducente, pero no puede ser la razón o el motivo para entonces, por ello, proceder a la desvinculación de todo el personal que no se encuentre en su cargo en propiedad, y que no cumpla con estas nuevas prerrogativas.

En consecuencia, encuentra esta célula constitucional, que en efecto, la ALCALDÍA MUNICIPAL DE BAJO BAUDO - PIZARRO (Choco) vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la estabilidad laboral de las madres cabeza de familia, y los demás conexos de la accionante, y su hijo, menor de edad, al desvincularla del cargo que venía desempeñando, bajo el argumento que no cumplía con las exigencias legales para ejercer el mismo, según la modificación del manual de funciones del ente territorial, y en consecuencia encuentra ajustada a derecho la decisión emitida por el juez de primera instancia, que ordenó el reintegro de la señora NAYELY WAITOTO SALAS SALAS, al cargo de Auxiliar Administrativo (Bibliotecaria), código 367, grado 04, o en uno de igual o superior jerarquía.

En resumen, encuentra este funcionario judicial que no existió desatino en la sentencia de primera instancia, y la misma fue emitida con la valoración probatoria de los documentos adosados al expediente, así como, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, en relación a los temas aquí tratados, siendo necesario entonces, **CONFIRMAR** la providencia de fecha y origen conocido, en lo que respecta a la tutela de los derechos fundamentales del afectado.

El presente expediente, contenido de la acción de tutela, será enviado a la Corte Constitucional para su eventual revisión; se ordena la notificación en legal forma a las partes de la presente providencia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIDÓS (22) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la REPÚBLICA DE COLOMBIA y por autoridad de la Constitución y la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR, por las razones aquí expuestas la sentencia que se revisa por vía de impugnación, de fecha y procedencia conocidas.

SEGUNDO: Envíese el expediente a la Corte Constitucional, para una eventual revisión.

Notifíquese en legal forma a las partes la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ALEJANDRO RESTREPO OCHOA
Juez