

San Andrés, Isla, Cuatro (04) de Julio de Dos Mil Veintitrés (2023)

RADICACIÓN: 88-001-4003-003-2023-00132-00
REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
TUTELANTE: OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA
TUTELADO: GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

SENTENCIA No. 00068-023

1. OBJETO

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela instaurada por la señora OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA actuando en nombre propio en contra de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA.

2. ANTECEDENTES

La señora OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela por razón de los hechos que a continuación se sintetizan:

Expresa que, es soltera madre cabeza de hogar, teniendo a su cargo una hija menor de 16 años de edad, que a la fecha cursa décimo año en el colegio Sagrada Familia de esta Ínsula.

Sostiene que, fue empleada en provisionalidad de la Gobernación Departamental desde el 24 de junio de 2015 hasta el 01 de febrero de 2023, en el cargo de Técnico Operativo con clasificación 314-15, bajo la Secretaría de Movilidad con una asignación mensual de \$2'959.068.

Indica que, mediante Decreto 0653 del 19 de octubre de 2022, notificado a la accionante el día 01 de febrero de 2023, se le comunicó que terminaba su nombramiento en provisionalidad a partir del 1 de febrero de 2023, en virtud a que el cargo en el cual se encontraba nombrada, debía ser regresado al titular en propiedad que se encontraba en encargo en otro cargo de la entidad.

Aduce que, a la fecha posee 58 años de edad, es madre soltera cabeza de hogar, con una hija menor de edad a cargo.

Arguye que desde la fecha en la que fue desvinculada de la Gobernación Departamental, he dejado de recibir ingresos económicos para solventar sus necesidades básicas, tales como el pago de arrendamiento, alimentación, servicios públicos, gastos de su hija menor y obligaciones bancarias que a la fecha se encuentran en mora.

Manifiesta que, a pesar de tener 58 años de edad, tiempo este en el cual sería procedente obtener su pensión de vejez, lo cierto es que le hace falta más de 3 años de semanas de cotización al fondo de pensión.

Señala que, por su edad avanzada el campo laboral se torna difícil, en virtud a que, por ser una mujer mayor, las posibilidades de contratación son prácticamente nulas, siendo imposible para la misma, obtener ingresos económicos para su sostenimiento básico y el de su hija.

Denota que, desde que fue desvinculada de la Gobernación, no ha podido continuar con la cotización a la seguridad social, no teniendo acceso al servicio de salud, ni tampoco cotizar a pensión, siendo este único medio el que le permite garantizar una mínima subsistencia en la vejez.

Expresa que, la desvinculación a la cual se vio expuesta, sin que se tuviese en cuenta su condición de ser una mujer de 58 años madre cabeza de hogar, y al no percibir ingresos fijos para solventar mis necesidades básicas, han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de hogar y al trabajo.

Sostiene que, la entidad accionada debió adelantar acciones afirmativas en su caso, para que en lo posible hubiese podido ser reubicada en otros empleos vacantes, sin embargo, esta solo se limitó a realizar la desvinculación sin antes examinar su caso en particular, máxime que, cuando se hace el ingreso a dicha entidad, en la oficina de personal se gestionan formatos donde se suministra información del núcleo familiar, y del estado civil de los empleados.

3. PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos, la señora OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA actuando en nombre propio solicita:

- 3.1. Que se tutelen los derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, a la vida digna, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de hogar y al trabajo, en virtud a la desvinculación laboral por parte de la Gobernación Departamental.
- 3.2. Que se ordene a la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, el reintegro al cargo que desempeñaba la accionante, como técnico operativo grado 314-15, bajo la Secretaría de Movilidad, con las mismas condiciones laborales que se ejercían durante el ejercicio del cargo que ocupaba.
- 3.3. Que en caso de que no se pueda el reintegro al mismo cargo en la secretaria de Movilidad, se realice el reintegro en otro puesto o secretaría donde se pueda desarrollar el cargo de Técnico Operativo grado 314-15.

- 3.4. Que se ordene además del reintegro, el pago de todos los salarios y emolumentos dejados de cancelar desde el 1 de febrero de 2023, hasta la fecha en la que se haga efectivo el reintegro a sus labores. Así como de las prestaciones sociales de ley que se hayan generado, y del pago a la seguridad social.

4. ACTUACIÓN JUDICIAL

Mediante Auto N° 00424-023 de fecha veintiuno (21) de Junio de dos mil veintitrés (2023), se admitió la presente acción de tutela, ordenándose comunicarle a la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con el fin de que contestara la presente solicitud y rindiera los informes del caso dentro del término de dos (2) días, de la presente acción.

El anterior auto fue notificado mediante correo electrónico el día 22 de Junio del año en curso, los soportes de la notificación reposan dentro del expediente electrónico archivo No.06.

5.- CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN DE TUTELA

Vencido el término de traslado se evidencia que la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, contestó la presente acción de tutela, manifestando que 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 em virtud de sus méritos evaluados previamente.

Por otro lado, la sentencia SU-003 de 2018, el tribunal resolvió varios problemas jurídicos importantes, entre esos el establecer en que situaciones se debe considerar a una pre pensionado y en cuales no, a lo que debemos traer a colación lo establecido por la Honorable Corte en sentencia de unificación y es que *“si está a tres años o menos de la cumplir la edad, pero ya cuenta con las semanas de cotización mínimas requeridas para pensionarse, en ese caso en particular la persona no ostenta la calidad de pre pensionado”*. Tal y como es el caso de la tutelante que cumple con las semanas de cotización, pero le faltan algunos meses para cumplir la edad que exige la ley para acceder a este derecho pensional.

Así las cosas, es menester precisar que la Sra. OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA, cuenta con 58 años de edad y 787 semanas de cotización, es decir, que está a más de tres años para completar las semanas exigidas por la ley y cuenta con la edad para pensionarse, razón por la cual a la luz de la Sentencia SU-003 de 2018 de la Honorable Corte Constitucional *“la misma no posee la calidad de prepensionado”*

Por lo que, la Entidad concluye que la terminación del nombramiento provisional de la Sra. OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA fue en el marco del debido proceso y de la legalidad de un concurso de méritos y que la misma no gozaba de estabilidad laboral reforzada que la cobijara para ser nombrada en otro cargo igual o equivalente al que ocupa.

6.- CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA:

De conformidad con el numeral 1° del Art. 1° del Decreto 1983 del 2017, éste Despacho es competente para conocer la presente solicitud de tutela.

La norma citada, respecto *del reparto de la acción de tutela*, dispone lo siguiente:

“(…) Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital, municipal y contra particulares, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, a los jueces municipales”. Lo anterior por ser la tutelada el ente territorial.

Frente a la competencia, según el criterio del lugar donde se haya producido el hecho o sus efectos, los mismos tuvieron ocurrencia en la Isla de San Andrés.

Así las cosas, son los Juzgados Municipales del Distrito Judicial de San Andrés, los competentes para conocer la presente solicitud de tutela, según el correspondiente reparto.

6.2. PROCEDENCIA:

El Artículo 86 de la Constitución Política de 1991, desarrollado en los Decretos 2591 y 306, ambos del mismo año, ha institucionalizado la acción de tutela como una garantía y un mecanismo constitucional de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y de los particulares, en los casos que establezca la ley.

Dicha acción muestra por su finalidad un carácter extraordinario, en la medida en que su utilización parte del respeto y garantía a la consagración constitucional y legal de las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como de las respectivas acciones, procedimientos, instancias y recursos que ante las mismas se surten, lo que supone un uso en forma supletiva con carácter subsidiario; de manera que, la procedencia de la tutela se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto en

forma temporal, con una operancia inmediata, urgente, rápida y eficaz, mediante el trámite de un procedimiento preferente y sumario, hasta tanto la autoridad correspondiente defina el fondo del asunto.

En el presente asunto, se trata del ejercicio de la Acción de Tutela incoada contra de la Gobernación del Departamento Archipiélago, por tanto, es procedente, al tenor de los Artículos 5º y 42 Numeral 2º del Decreto 2591 de 1991.

6.3. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar, ¿si se ha vulnerado y/o amenazado o no el derecho fundamental al mínimo vital y móvil, a la vida digna, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de hogar y al trabajo de la señora OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA por parte de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, al haberla desvinculado del cargo que desempeñaba en el ente territorial con ocasión de la Convocatoria No. 1110 de 2019.?

6.4. ANÁLISIS NORMATIVO Y/O JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS O AMENAZADOS

6.4.1. DERECHO AL MINIMO VITAL

El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como *"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"*.

Uno de los derechos más característicos de un Estado Social de Derecho es el mínimo vital. Según la Corte Constitucional, este derecho se deriva de los principios de Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad. Este derecho adquiere relevancia en situaciones humanas límites, relativas a la extrema pobreza y la indigencia, cuando frente a las necesidades más elementales y humanas, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente.

6.4.2. MADRE CABEZA DE FAMILIA-Protección a través de la estabilidad laboral reforzada

El mandato constitucional consagrado en el inciso 2 del artículo 43 de la Constitución fundamenta, para las mujeres cabeza de familia, una protección constitucional a través de la estabilidad laboral reforzada, en aplicación directa de la Constitución. Así las cosas, ante la existencia de un vínculo laboral administrativo

de servidores públicos nombrados en provisionalidad, cuando esté demostrada la desvinculación de una madre que acredite ser cabeza de familia (SU-388 de 2005) y que dicha desvinculación afecta su derecho y el de sus hijos al mínimo vital, el juez de tutela, en principio, debe garantizar la protección constitucional.

6.4.3. DERECHO A LA VIDA

Respecto a este derecho, la H. Corte Constitucional en sentencia T-728 del 2010, con ponencia del Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, manifestó:

“La Constitución confiere a la vida una especial protección reconociendo su primacía e inviolabilidad, ya sea como valor, como principio o como derecho, comoquiera que (...) “la vida constituye la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones.”

Como derecho de regulación positiva, el inciso segundo del art. 2º consagra el deber de las autoridades públicas de proteger la vida de todos los residentes en Colombia. Igualmente, la vida es reconocida como un derecho inalienable de la persona cuya primacía señala el art. 5º de la Carta. En tal condición es ubicado dentro del Título Segundo, Capítulo Primero referente a los derechos fundamentales, estableciendo el art. 11 su carácter de inviolable.

*Dentro del desarrollo que del derecho fundamental a la vida ha realizado la jurisprudencia constitucional, se destaca que tiene dos ámbitos vinculantes para el Estado: **debe respetarse y debe protegerse. Conforme a lo anterior, las autoridades públicas están doblemente obligadas a abstenerse de vulnerar el derecho a la vida y a evitar que terceras personas lo afecten.***

El deber de asegurar o garantizar el respeto al derecho a la vida por parte de terceros constituye una obligación positiva en cabeza del Estado para actuar con eficiencia y celeridad en su labor de defensa y cuidado de este derecho fundamental, conforme al segundo inciso del art. 2º de la Constitución Política.

*De otra parte, es deber de la administración actuar con celeridad para **que la amenaza al derecho a la vida no siga perturbando la actividad del ciudadano que busca protección**”.*

6.4.4. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Al respecto, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-032/12, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, indicó:

“El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos”.

6.5. CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que de acuerdo a lo manifestado por la señora OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA, presentó acción de tutela en contra de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, puesto que considera vulnerado sus derechos fundamentales, al mínimo vital, a la vida digna, a la seguridad social, a la estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de hogar y al trabajo, al haber sido desvinculada del cargo en provisionalidad como, Técnico Operativo, con clasificación código 314 - 15 en la Secretaría de movilidad, gozando de estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de hogar.

Es así como, el artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario, mediante el cual se busca evitar, de manera inmediata, la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Su procedencia está condicionada a que *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”*. Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha señalado que no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa judicial. En el marco del caso concreto, el juez constitucional debe analizar si la acción dispuesta por el ordenamiento jurídico es idónea y eficaz para proteger los derechos fundamentales comprometidos. En el evento en que no lo sea, la acción de tutela procederá para provocar un juicio sobre el fondo.

La Jurisprudencia constitucional ha reiterado que, conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, pues para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, cuando los derechos fundamentales del

accionante resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición tardía de actos administrativos propios de la referida jurisdicción, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de las garantías constitucionales para evitar un daño irreparable.

En el caso bajo estudio, observa la suscrita que la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, contestó la presente acción dentro del término que le fue concedido, manifestando que la Sra. OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA, cuenta con 58 años de edad y 787 semanas de cotización, es decir, que está a más de tres años para completar las semanas exigidas por la ley y cuenta con la edad para pensionarse, razón por la cual a la luz de la Sentencia SU-003 de 2018 de la Honorable Corte Constitucional *“la misma no posee la calidad de prepensionado”*

Por lo que, la Entidad concluye que la terminación del nombramiento provisional de la Sra. OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA fue en el marco del debido proceso y de la legalidad de un concurso de méritos y que la misma no gozaba de estabilidad laboral reforzada que la cobijara para ser nombrada en otro cargo igual o equivalente al que ocupa.

Procede el Despacho a realizar el análisis probatorio aportado en el trámite de la presente acción, de lo cual, se tiene que la peticionaria expone que goza de estabilidad laboral reforzada por su condición de ser madre cabeza de familia. Al respecto, la Corte ha dispuesto que para acreditar la condición de madre cabeza de familia se debe demostrar:

- (i) Que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabaja. En este caso, la señora OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA es madre y está a cargo de una menor de 16 años estudiante de secundaria.
- (ii) Que esa responsabilidad sea de carácter permanente. Asegura en los hechos y en la declaración extraprocesal notariada anexa, que es suya la responsabilidad económica de su hija menor.
- (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 las pruebas aportadas al proceso, la accionante asegura que su núcleo familiar son ella y su hija, señalando que la causa de esta condición es la ausencia permanente o definitiva de su cónyuge o compañero permanente.
- (iv) 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. Indica que, se encuentra soltera y que el padre de su hija aporta la suma mensual de \$200.000 pesos, los cuales no son suficientes para cubrir los gastos generados por manutención de la menor.

- (v) 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 accionante no refiere en los hechos de la tutela contar con ayuda de miembros de la familia, solo indica que se ha visto en la necesidad de *“recurrir a amigos para solventar mis necesidades básicas, para proveer alimentos a mi hogar y para poder sobrellevar la situación que actualmente atravieso”*

De lo anterior se extrae que la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no significa, por sí misma, que una madre asume la condición de ser cabeza de familia.

Esta situación se configura con el abandono del hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre, es decir, debe existir un incumplimiento total de las obligaciones, lo que para el presente asunto no se acreditó, por tanto, no existe en el sub lite ausencia permanente de la pareja, ya que, el padre de la menor se encuentra presente y aporta económicamente, tal y como lo manifestó la señora Ariza Fonseca en la declaración con fines extra proceso anexa al escrito de la acción constitucional de fecha 16 de Junio de 2023, bajo la cual señaló que, el padre de su hija aporta la suma mensual de \$200.000 pesos para gastos de manutención de la menor.

Precisamente, la Corte resaltó que el desempleo de la pareja no convierte a una madre en cabeza de familia, pues ello sólo ocurre cuando el compañero se sustrae de manera permanente de sus obligaciones como padre, abandona el hogar o se encuentra en incapacidad física, síquica, sensorial o mental, de lo cual no se aporta prueba siquiera sumaria que diera a entender al Despacho que el padre de la hija menor de la accionante acreditara alguna de esas condiciones, por lo que se entiende que goza de todas sus facultades físicas y mentales, y que el mismo no se ha desligado de sus obligaciones como padre.

Todo lo anterior, lleva a concluir al Despacho que la accionante no acredita los presupuestos legales para ostentar la condición de mujer cabeza de familia. Es decir, en el caso bajo estudio, la accionante no goza de estabilidad laboral por su condición de mujer cabeza de familia.

En relación a lo anterior, debe recordarse que el artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración, pretendiendo que el Estado pueda *“contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación, garanticen cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración*

*pública*¹. En estos términos, la misma Constitución establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público².

Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que *“la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución”*³, en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991.

Entendiendo lo anterior, la desvinculación de servidores públicos provisionales con estabilidad laboral reforzada con ocasión de un concurso de méritos ha sido objeto de diferentes pronunciamientos de parte de la Corte Constitucional⁴.

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

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

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

3) Cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2º del artículo 43 de la CP), como lo son las madres cabeza de familia que cumplen con los presupuestos establecidos en la sentencia **SU-388 de 2005, puede llegar a reconocérseles la garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del retiro del servicio, dado que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo, desconozca principios superiores como el mérito**

¹ Sentencia SU-086/99.

² Son innumerables las decisiones de la Corte Constitucional, desde sus inicios, que han defendido el sistema de concurso público como el que debe imperar para la provisión de cargos de carrera en la administración. Entre otras, en las sentencias T-410/92, C-479/92, T-515/93, T-181/96, C-126/96, C-063/97, C-522/95, C-753/08 y C-588/09, entre otras

³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2009, considerando 6.1.1.3, página 73.

⁴ En la sentencia T-317/17, la Corte reiteró el tema sobre la provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos y la protección especial de las mujeres cabeza de familia. En este sentido, aclaró que “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”. Así las cosas, cuando los cargos en provisionalidad son ocupados por sujetos de especial protección constitucional, como las mujeres cabeza de familia¹⁵, “surge una obligación jurídico constitucional (art.13) de propiciarles un trato preferencial como medida de acción afirmativa”.

que funda el sistema de carrera o que la proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra⁵. De esta manera, la garantía constitucional se sustenta en las siguientes hipótesis:

1. La terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de los servidores públicos en provisionalidad, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

Para el caso de marras, la desvinculación de la accionante se dio en ocasión de la Convocatoria No. 1110 de 2019 adelantada por la entidad territorial, de conformidad a lo instruido por la Comisión Nacional del servicio Civil en relación a la aplicabilidad de la lista de elegibles, lo cual no desconoce sus derechos fundamentales, puesto que la misma estuvo sustentada en una causal objetiva y razonable.

Por otro lado, se vislumbra que la señora OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA, tampoco ostenta la condición de prepensionable, ya que del material probatorio anexo se tiene que la misma cuenta con 58 años de edad y cuenta con un total de 787 semanas cotizadas según historia laboral emitido por Porvenir el 15 de Junio de 2023, sobre lo que se precisa que los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAI) que a los 62 años de edad, si son hombres, y 57, si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima, y hubiesen cotizado por lo menos 1.150 semanas tendrán derecho a que el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión y según el lineamiento de la Sentencia SU003/18 se tiene por acreditada la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

En el caso de la señora OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA le faltan más de tres años para completar las semanas exigidas por la ley, de tal forma que no se ajusta a ninguno de los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para ser considerada prepensionable.

En conclusión, es de suma importancia puntualizar a la luz de la línea trazada por la sentencia SU691/17 lo siguiente: (i) la protección a las madres cabeza de familia y/o prepensionables a través de **la estabilidad laboral reforzada no es absoluta** pues depende de factores como (ii) que el accionado cuente con margen de

⁵ Ver sentencias C-174/04, T-081/05, T-162/10 y T-803/13, entre otras.

maniobra, toda vez que (iii) no es posible desplazar a quien legítimamente ganó el derecho en el concurso a ocupar el cargo de carrera administrativa, por quien lo ocupa en provisionalidad, así esté en condición de prepensionado o ser madre cabeza de familia, (iv) tampoco es posible desvincular a un servidor público que ocupa un cargo en provisionalidad para ubicar a la accionante, quien también es provisional, (v) los concursantes en la lista de elegibles que se está aplicando tiene mejor derecho que la accionante razones todas estas que llevan a concluir que, estamos ante el caso de una mujer que no goza de estabilidad laboral, por lo tanto, no se dan los presupuestos legales y jurisprudenciales para tutelar los derechos invocados por la accionante y ordenar su reintegro, dado que la motivación de la desvinculación de la señora OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA es razonable y como consecuencia de esto, no se evidencia, *prima facie*, la utilización abusiva de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio.

Por último, se vislumbra que la desvinculación laboral de la actora de la Gobernación Departamental se dio desde el día 01 de febrero del año en curso, fecha desde la cual han pasado más de 05 meses, hasta la presentación de la acción constitucional, por lo que no se podría aducir una afectación al mínimo vital de la misma, por cuanto trasegó un tiempo más que prudencial, incumpliendo así el requisito de la inmediatez que cobija este tipo de derechos fundamentales

Por lo tanto, el despacho no puede acceder a la pretensión de la accionante de ordenar su reincorporación al mismo cargo que venía desempeñando, o alguno de similar porque no se evidencio la vulneración a ningún derecho fundamental.

Colofón de lo anterior, el despacho negará las pretensiones de la presente acción de tutela, habida cuenta que no se vulneró derecho fundamental alguno a la señora OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA, pues esta fue desvinculada de la Gobernación Departamental, en virtud del concurso de méritos que se realizó, *Convocatoria No. 1110 de 2019 — TERRITORIAL 2019*.

En mérito de lo anterior, **EL JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE SAN ANDRÉS ISLA**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados por la señora **OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA**, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

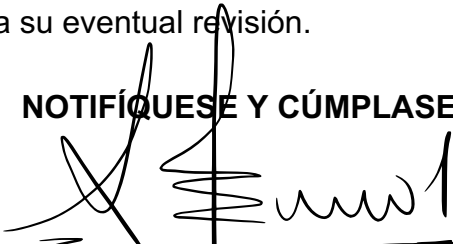
TERCERO: Contra la presente procede el recurso de impugnación.

Expediente: 88-001-4003-003-2023-00132-00
Accionante: OSIRIS MONICA ARIZA FONSECA
Accionado: GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA
Acción: TUTELA

SIGCMA

CUARTO: Si éste fallo no fuere impugnado oportunamente, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



INGRID SOFÍA OLMOS MUNROE
JUEZA

LHR