



JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL

ACCION DE TUTELA 523544089001-2024-00043-00

ACCIONANTE: ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS

ACCIONADO: DEPARTAMENTO DE NARIÑO

SECRETARIA DE EDUCACION NARIÑO

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC

VINCULADOS: LISTA DE ELEGIBLES AL CARGO CONCURSADO –

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC

MINISTERIO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

KIMBERLY JOHANA VALLEJOS BENAVIDES

Imués veinte (20) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

I. INFORMACIÓN PRELIMINAR

Una vez vinculado el Fondo de pensiones PORVENIR, según lo ordenado por el Juzgado de familia del Circuito de Túquerres en auto que decretó la nulidad a partir del fallo inclusive, del 2 de agosto del presente año, se procede a disponer lo que en derecho haya lugar respecto a la acción de tutela interpuesta por la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS en contra del DEPARTAMENTO DE NARIÑO-SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL, por considerar que le han vulnerado sus derechos al, MINIMO VITAL, ESTABILIDAD LABORAL RFEFORZADA, TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, habiéndose igualmente vinculado a la lista de elegibles al cargo concursado, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y a la señora KIMBERLY JOHANA VALLEJOS BENAVIDES.

1. Los hechos

La accionante por intermedio de su apoderada judicial Dra. ANA CRISTINA LOPEZ RODRIGUEZ informa que, ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS estuvo nombrada en provisionalidad como Auxiliar de Servicios Generales, en la planta global de la Gobernación de Nariño, desde el 14 de enero de 2008, hasta el 10 de mayo de 2024, cargo que fue ofertado en el concurso de méritos 1522 de 2020.



Señala que, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió Resolución 12522 del 14 de septiembre de 2023, por la cual, conformó y adoptó lista de elegibles para proveer 331 vacantes definitivas del empleo del nivel asistencial Auxiliar de Servicios Generales, identificado con Opec No. 160263. Y que, mediante Resolución No. 2344 del 10 de mayo de 2024, el Secretario de Educación del Departamento de Nariño, resolvió nombrar en periodo de prueba a quien superó el concurso y, en consecuencia, dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS.

Indica que considera que la accionante ostenta el derecho a una estabilidad laboral reforzada en razón a que es madre cabeza de familia ya que, su cónyuge pese a que convive con ella, desde hace algunos años se encuentra incapacitado para trabajar, por lo cual, tiene a cargo principalmente tanto a su esposo como a su hijo menor de edad. Por otra parte argumenta que es prepensionable pues, conforme al cambio establecido en la reforma pensional, le faltan 2.96 años para llegar a las 1.000 semanas cotizadas y poder acceder a una pensión anticipada de vejez.

Aduce que se encuentra en situación de debilidad manifiesta pues el salario como servidora pública era la única fuente de sustento de ella y su familia y quedarse sin él y sin una pensión les afecta considerablemente su mínimo vital.

Informa que el 28 de marzo de 2023 se radicó petición ante el DEPARTAMENTO DE NARIÑO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, con el cual, se dio a conocer la situación de la actora y se solicitó su reintegro a la planta global, solicitud que fue negada argumentando que, en su momento, no encontraron elementos que los pusiera en alerta de que la peticionaría tuviere una especial protección para no haber ofertado la plaza y, que en el momento en el que radicó su solicitud de reintegro ya se habían expedido los actos administrativos mediante los que se nombró en propiedad a la persona que superó el concurso.

Señala que, según listado publicado por la entidad accionada en abril de 2024 existan 350 vacantes en el Departamento de Nariño para el cargo OPEC 160263 - auxiliar de servicios generales- y según se estableció en la parte considerativa del acto administrativo de insubsistencia, una vez superada la etapa de selección del concurso Territorial Nariño 1522-2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución No. 12522 de 14 de septiembre de 2023, por la cual, se conformó una lista de elegibles para proveer trescientos treinta y un (331) vacantes, es decir, que hay un excedente de diecinueve (19) vacantes que no se van a proveer mediante concurso, situación que permite un margen de acción a la entidad para poder reintegrar a ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS.

2. determinación de los derechos tutelados:

La accionante considera que por los hechos antes relacionados se le están vulnerando sus derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, Y TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.



3 Pretensiones:

Con fundamento en los hechos relacionados, la accionante solicita: "Mediante un proceso preferente y sumario como lo establece el Decreto Reglamentario 2591 de 1991, en desarrollo del artículo 86 de la Constitución Política de 1991, solicito a su despacho se proceda a disponer lo siguiente: **1.** Tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, estabilidad laboral reforzada, al trabajo y a la seguridad social de la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS. **2.** Como consecuencia de lo anterior, se sirva ordenar a la entidad accionada: 2.1. Que, en el término improrrogable de 48 horas, se sirva reintegrar a la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS, en un cargo de igual o superior jerarquía o equivalencia al que venía ocupando como Auxiliar de Servicios Generales, en la planta global de la Gobernación de Nariño y, para poder continuar al cuidado de su hijo menor de edad y de su esposo con limitaciones físicas, se de preferencia a un reintegro en una plaza ubicada en el Municipio de Imués (N) o en el más cercano que sea posible. **2.2.** Que el reintegro se extienda, en la medida de las posibilidades según las vacantes existentes, hasta que ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS cumpla el requisito de 1.001 semanas cotizadas que le permitirán acceder a una pensión anticipada por vejez."

4. La actuación

El escrito de tutela fue radicado el 22 de julio del presente año en éste Despacho judicial a través del correo institucional y con auto de la misma fecha se admite la acción constitucional, se vincula así mismo a los aspirantes para el cargo que ocupaba la accionante, al Ministerio de Trabajo, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, se ordena la notificación y la presentación de un informe de los accionados y vinculados y se hacen otros pronunciamientos de ley.;

En cumplimiento a lo ordenado, en auto que admite la demanda, por parte de la Secretaría del Juzgado el 23 de julio, por los medios más idóneos y por intermedio de los correos electrónicos autorizados para ello, se procede a notificar a los accionados y vinculados, tal como aparece constancia en el proceso.

Dentro del término otorgado por el Juzgado los accionados y vinculados proceden a dar respuesta a la acción de tutela.

De igual manera por auto del 25 de julio se vincula a la señora KIMBERLY JOHANA VALLEJOS, persona que por superar el concurso fue nombrada en periodo de prueba en el cargo de auxiliar de servicios generales, cargo que venía ocupando en provisionalidad la accionante.

Si bien se profiere sentencia el 2 de agosto del presente año, dicho fallo fue impugnado por la señora apoderada demandante, correspondiéndole en reparto al Juzgado de familia del Circuito de Túquerres, quien por auto del _____ decreta la nulidad a partir de dicho fallo a fin de que se vincule a la presente acción de tutela al Fondo de Pensiones PORVENIR y se allegue la constancia de notificación del fallo a los concursantes por parte e la CNSC.



Cumplida con la vinculación ordenada por el superior, se procede a emitir el correspondiente fallo.

De lo anterior, se advierte entonces que a la presente acción de tutela se le ha impartido el trámite preferencial, breve y sumario previsto en el artículo 86 de la Constitución Nacional, concordante con el 15 del Decreto 2591 de 1991 y a la vez disponiendo de oficio la práctica de pruebas consideradas necesarias, para posteriormente continuar con la resolución de la acción.

5. Competencia.

El despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela de onformidad con las previsiones contenidas en el art. 37 del decreto 2591 de 1991, reglamentado por el decreto 1382 de 2000 , Decreto 1983 de 30 de Noviembre de 2017 y Decreto 333 de 2021, ello en razón a que la acción de tutela además se interpone en contra del IDSN.

6. POSICION DE LAS ACCIONADAS y VINCULADOS.

6.1 GOBERNACION DE NARIÑO- SECRETARIA DE EDUCACION DEPARATAMENTAL

ADRIAN ALEXANDER ZEBALLOSF CUATHIN, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.039.851, obrando en calidad de Secretario de Educación del Departamento de Nariño, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto No. 008 de 3 de enero de 2022, expedido por el Señor Gobernador del Departamento, por la cual se le delega para dar trámite a las acciones de tutela relacionadas con el sector educativo, procede a dar respuesta a la presente acción de tutela en los término que a continuación se sintetizan:

Frente a los hechos y específicamente respecto de las afirmaciones de ser madre cabeza de familia, Prepensión y debilidad manifiesta, resalta que la Corte Constitucional estableció unos criterios para acreditar en favor de un servidor público provisional, dicha condición de reten social, los cuales NO se ven acreditados en el expediente administrativo de la accionante, así como en los anexos de la acción de tutela de la referencia.

De igual manera señala que, la Gobernación de Nariño – Secretaría de Educación Departamental adelantó las acciones afirmativas correspondientes al estudio de las hojas de vida de los servidores públicos provisionales que desempeñaban los cargos denominados Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 01 a fin de determinar a quienes les asistía algún reconocimiento de RETEN SOCIAL, ante lo cual no se encontraron elementos que permitan demostrar dicha condición en favor de la accionante. Aunado lo anterior, informa que el 10 de mayo de 2022 se le comunicó a KIMBERLLY JOHANNNA VALLEJOS BENAVIDES y ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS el contenido de la Resolución No. 2344 de 10 de mayo de 2024. Ante este contexto, el 16 de mayo de 2024, la ciudadana KIMBERLLY



JOHANNNA VALLEJOS BENAVIDES se posesionó en el cargo denominado Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 01, a fin de prestar sus servicios en la Institución Educativa Agropecuaria Santa Ana del municipio de Imués (Nariño), en reemplazo de ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS.

Corroborar que la petición a la que alude la actora, fue radicada el 12 de junio de 2024, fecha posterior al de su retiro, actuación que se realizó por medio de la plataforma virtual Sistema de Atención al Ciudadano (SAC). Siendo así, es erróneo que la misma se hubiere radicado el 28 de marzo de 2023. Que dicha petición, la Gobernación de Nariño – Secretaría de Educación Departamental, mediante oficio bajo radicado de salida NAR2024EE022701 del 07 de junio de 2024, le respondió manifestado que ya se habían realizado las actuaciones afirmativas en torno a la protección de los derechos fundamentales de los provisionales que ostentasen la condición de RETEN SOCIAL, en los cuales no se observó que la accionante hubiere acreditado la condición de MADRE CABEZA DE FAMILIA, en el momento de la expedición de los actos administrativos en PERIODO DE PRUEBA, para los cargos denominados Auxiliar de Servicios Generales.

Señala además que, a la fecha de expedición del Acuerdo No. 0362 proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO identificado como Proceso de Selección No.1522 de 2020 - Territorial Nariño, es decir, el 30 de noviembre de 2020, existían en vacancia definitiva un total de TRESCIENTOS TREINTA Y UN CARGOS (331) denominados Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 01, siendo estos los ofertados en la OPEC No. 160263.

Da a conocer que, para el 23 de abril de 2024, se suscitaron varias situaciones administrativas con los servidores públicos que ostentaron esos cargos, razón por la cual, en aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, los cargos a ofertarse pasaron de 331 a 350, merced a que los mismos pasaron a ostentar la categoría de VACANCIA DEFINITIVA y que, si bien se llamó a audiencia a 331 elegibles en orden de mérito y pertenecientes a la Resolución No. 12522 de 14 de septiembre de 2023, este acto administrativo cuenta con un total de 525 elegibles (sin contar empates); razón por la cual si existieren vacantes definitivas adicionales denominadas Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 01, estas deberán ser provistas por la Gobernación de Nariño – Secretaría de Educación Departamental, con aquellos elegibles en posición meritatoria dentro de la referida lista.

Frente a las pretensiones solicita, se NIEGUEN o se declare la IMPROCEDENCIA respecto de la acción de tutela de la referencia, y en consecuencia, se exima de responsabilidad a la Gobernación de Nariño - Secretaría de Educación Departamental, habida cuenta que: “- La accionante NO acredita la condición de MADRE CABEZA DE FAMILIA, merced a que no está demostrado que el padre de los gemelos menores de edad, se sustrae de sus obligaciones, siendo este un requisito contemplado por la Honorable Corte Constitucional en jurisprudencia. Lo anterior, teniendo en cuenta que en los elementos probatorios se



establece que el esposo de la accionante se denota el decreto de 30 días de incapacidad por cirugía en su ojo izquierdo, la cual culminó el 13 de junio de 2024. Por lo anterior, no es de recibo que dicho ciudadano hubiere perdido de manera absoluta su capacidad laboral. - La accionante solo acredita 833.8 semanas cotizadas en PORVENIR, razón por la cual le faltan más de tres (03) años para lograr su status de pensionada. En consecuencia, NO se puede hablar de que ella ostente reten social por PREPENSIÓN. - En virtud del proceso de selección Territorial Nariño 2020 llevado a cabo por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Gobernación de Nariño – Secretaría de Educación Departamental de Nariño, en virtud del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, este despacho revisó las hojas de vida de todos los servidores públicos provisionales dentro del empleo denominado Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 01, estableciendo cuales acreditaban la condición de RETEN SOCIAL, a fin de garantizar la protección de sus derechos fundamentales, en lo cual no se evidenció que el accionante ostentare la condición de MADRE CABEZA DE FAMILIA o PREPENSIÓN. - Este despacho debe dar uso de las listas de elegibles dentro de los empleos del nivel ASISTENCIAL, razón por la cual, si hubiere empleos iguales o equivalente al denominado AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES, estos deberán ser provistos con aquellos elegibles que ostenten puesto de mérito dentro de las diversas listas de elegibles vigentes...”

A renglón seguido manifiesta que si bien la accionante a firma que se le ha vulnerado sus derechos fundamentales en razón a su desvinculación del cargo que venía desempeñando en provisionalidad y a causa del nombramiento en periodo de prueba del (la) elegible KIMBERLLY JOHANNA VALLEJOS BENAVIDES, dentro del proceso de selección Territorial Nariño 2020, la cual se posesionó el 16 de mayo de 2024 y actualmente presta sus servicios en la Institución Educativa Agropecuaria Santa Ana del municipio de Imués (Nariño), establece que la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS, estuvo vinculada a la planta de personal de la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño, en el cargo denominado AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES Código 470 Grado 01, en la Institución Educativa Agropecuaria Santa Ana del municipio de Imués (Nariño), bajo vinculo PROVISIONAL hasta el 16 de mayo de 2024, fecha en la cual tomó posesión en periodo de prueba el (la) elegible KIMBERLLY JOHANNA VALLEJOS BENAVIDES, en virtud de la Resoluciones No. 2344 de 10 de mayo de 2024, por causa del proceso de selección Territorial Nariño 2020 llevado a cabo por la CNSC.

Argumenta que, dentro de las normas que regulan el ingreso al servicio público mediante el principio del mérito, menciona el art. 125 de la constitución Política que determina que los empleos del estado son de carrera y que se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; que la provisión de los cargos de carrera recaerán sobre personas que cumplan los requisitos y condiciones que fije la ley

para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Hace alusión igualmente a los artículos 23, 27, 29 de la ley 909 de 2004, que prevén la clase de nombramientos, la carrera administrativa y los concursos respectivamente.



Indica igualmente LA LEGISLACIÓN VIGENTE LA PROVISIÓN DE VACANCIAS DEFINITIVAS EN EL SECTOR PÚBLICO, especialmente en lo que respecta al orden que se debe tener en cuenta para proveer dichas vacancias, según lo señalado por el art. 2.2.5.3.2 de la Ley 1437 de 2011 que norma el siguiente orden: “: 1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial. 2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil. 3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente Decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. 4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad. Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad”.

Aduce además que, la Ley 1960 de 2019 Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones establece en su ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: “ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende: 1. (...) 2 (...) 3 (...) 4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”. Indica que la Gobernación de Nariño- Secretaria de Educación se ciñó estrictamente a la normatividad antes indicada a efectos de proveer 331 vacantes definitiva del empleo denominado AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES, Código 470, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 160263, MODALIDAD ABIERTO del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO, Proceso de Selección No. 1522 de 2020 – Territorial Nariño”, la cual cuenta con un total de 525 elegibles, donde NO se evidencia que la ciudadana ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS ocupe puesto de mérito, razón por la cual, colige que la accionante o no se inscribió al referido proceso de selección o no superó alguna de sus pruebas.

Así mismo señala que. en aplicación del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, la Gobernación de Nariño – Secretaría de Educación Departamental revisó las hojas de vida de los servidores públicos provisionales, a fin de determinar quiénes ostentaban la condición de RETEN SOCIAL, razón por la cual hasta la culminación del primer trimestre del año 2024, la ciudadana ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS no acreditó documentación que permitiere establecer la condición de MADRE CABEZA DE FAMILIA y/o PREPENSIÓN en su favor.



Aduce que, la lista de elegibles adquiere firmeza y ejecutoría el 06 de marzo de 2024, la Gobernación de Nariño delegó a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño la realización de la audiencia de escogencia de vacantes para los empleos denominados AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES adscritos a las Instituciones Educativas pertenecientes al ente territorial, la cual se desarrolló entre el 23 a 25 de abril de 2024, en la cual la elegible KIMBERLLY JOHANNA VALLEJOS BENAVIDES, quien ocupare la posición 123º, eligió como su sitio de trabajo la Institución Educativa Agropecuaria Santa Ana del municipio de Imués (Nariño), la cual estaba ocupada en PROVISIONALIDAD por parte de la accionante.

Reitera que, ante la normativa en cita, la regla general establece que los cargos que ostentaren la condición de vacancia definitiva, deben ser provistos mediante el uso de listas de elegibles vigentes, razón por la cual, frente a la terminación del nombramiento de la accionante, si hubieren vacantes iguales o equivalentes, las mismas deberán ser provistas con las referidas listas, las cuales tienen prioridad sobre el RETEN SOCIAL, ante lo cual, este precepto aplica respecto de aquellas vacantes que quedaren disponibles una vez se agoten las listas en mención.

Hace alusión a la Sentencia SU 446 de 2011 dentro de la cual se precisó: "SERVIDORES EN PROVISIONALIDAD-Estabilidad relativa Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos". Indicando entonces que, tanto la normativa como la jurisprudencia, establecen que el ciudadano que conforma una lista de elegibles surgida por un concurso de méritos y quien ocupare una posición meritatoria, ostenta derecho sobre el cargo al cual postuló y en consecuencia, mejor derecho que el provisional que ocupare el mismo, quien únicamente ostenta ESTABILIDAD RELATIVA, la cual depende de que su derecho culmina cuando el cargo es provisto por persona que ganó el concurso de méritos.

En consecuencia señala que, la ESTABILIDAD RELATIVA que ostentaba la ciudadana ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS culminó con la posesión en periodo de prueba al cargo denominado AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES Código 470 Grado 01, en la Institución Educativa Agropecuaria Santa Ana del municipio de Imués (Nariño) por parte de KIMBERLLY JOHANNA VALLEJOS BENAVIDES, generándose así que ella goce de los derechos subjetivos derivados de la posesión al cargo en mención.

En lo referente al tema del retén social por condición de MADRE CABEZA DE FAMILIA, la Corte Constitucional en Sentencia T-003 de 20182 , estableció su concepto, así: MADRE



CABEZA DE FAMILIA-Presupuestos jurisprudenciales para que una mujer sea considerada como tal/PADRE CABEZA DE FAMILIA-Presupuestos jurisprudenciales para que un hombre sea considerado como tal Para la Corte, la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental.

Indica que frente a los anteriores requisitos exigidos por la jurisprudencia, en el expediente, no se evidencia prueba que demuestre que el esposo de la accionante presente incapacidad absoluta para laborar en la actividad que el realiza, teniendo en cuenta que los diagnósticos anexos al escrito de tutela solamente establecieron una incapacidad de 30 días por cirugía de su ojo izquierdo, la cual culminó el 13 de julio de 2024. Aunado lo anterior, no existe evidencia que permita inferir que el ciudadano EDGAR GUILLERMO BASTIDAS BASTIDAS esté ausente de manera permanente, abandonó el hogar o se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, razón por la cual la mera manifestación de la condición de MADRE CABEZA DE FAMILIA realizada por la accionante, NO corresponde a las exigencias de la alta corte.

Argumenta igualmente que frente al tema del retén social por condición de PREPENSION, el Departamento Administrativo de la Función Pública, estableció su concepto, así: El Decreto 190 de 20031, señala: "ARTÍCULO 1. Definiciones. Para los efectos de la Ley 790 de 2002 y del presente decreto, se entiende por: (...) 1.5 Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez." Colige entonces que, quienes tienen la calidad de prepensionados son aquellos a quienes les faltan 3 años o menos para reunir los requisitos de edad (actualmente, 57 años mujeres y 62 años hombres) y las semanas de cotización para acceder a la pensión de jubilación.

Indica que, en los anexos del escrito de tutela se evidencia que la accionante cotizó un total de 833.8 semanas en el fondo privado de pensiones PORVENIR, los cuales son insuficientes para que se acredite su condición de PREPENSION. Lo anterior, teniendo en cuenta que el status de pensionada en el sector privado se hubiese logrado si ella acreditaba haber tenido un mínimo de 1000 semanas cotizadas, teniendo en cuenta que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAI'S), el requisito de semanas para alcanzar el estatus de pensión es de un total de 1.150.

6.2 COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC-.

JHONATAN DANIEL ALEJANDRO SANCHEZ MURCIA, identificado con C.C. 1.026.257.041 y portador de la T.P. Nº 198.367 CSJ, actuando en nombre y representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, en su condición de jefe de la Oficina Asesora Jurídica, presente el correspondiente informe, oponiéndose en todo caso de la prosperidad de la presente acción de tutela por las razones que a continuación se sintetizan:



Frente a las pretensiones manifiesta que estas no están llamadas a prosperar, solicitando en consecuencia su negación o que la misma se declare improcedente frente a la CNSC en razón a que las actuaciones adelantadas por la CNSC se encuentran ajustadas a derecho y no existe vulneración a los derechos fundamentales supuestamente violados de la accionante, y que en tal sentido, se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva para la CNSC, en la medida que no coadministra las plantas de personal de las entidades públicas, por tanto, no tiene injerencia en la desvinculación de provisionales,

Acto seguido procede a pronunciarse sobre la improcedencia de la acción de tutela haciendo referencia al marco normativo y jurisprudencial sobre la materia y concretamente al art. 6 del decreto 2591 de 1991, asegurando que en el presente asunto, respecto a la procedencia de la acción de tutela para dirimir controversias relacionadas con concursos de méritos, la Corte Constitucional¹ ha manifestado: "(...) Finalmente, el artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de amparo solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual "procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección" El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios de independencia y autonomía de la actividad jurisdiccional

Por modo, argumenta que según la jurisprudencia, por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión) cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia dependiendo del caso con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia. Esta circunstancia debe ser objeto de análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela. (...)

Por tanto, de acuerdo con la cita jurisprudencial, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el escenario natural para la reivindicación de los derechos fundamentales, que considera la parte accionante, están siendo conculcados.

Refiere que, no obstante, la Corte ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos ya que le corresponde al juez constitucional analizar la situación particular y concreta de la accionante, a fin de comprobar si aquellos resultan eficaces y adecuados para la protección de sus derechos fundamentales

Ahora bien, en el caso sub examine, la controversia gira en torno al inconformismo de la parte accionante respecto de la normatividad que rige el concurso de méritos,



específicamente en cuanto al nombramiento de elegibles y la consecuente terminación de su nombramiento en provisionalidad, situaciones que se encuentran plenamente reglamentadas en el Acuerdo rector del concurso de méritos, acto administrativo de carácter general, respecto del cual la parte accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos, razón por la que la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos .

Aunado a lo anterior, indica que la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, en sentencia de tutela de fecha 21 de marzo de 2013 Rad. 2013-00010, y en otras de igual naturaleza, ha sido enfática en señalar la obligatoriedad de las normas encargadas de regir los Concursos de Méritos, atendiendo a las siguientes consideraciones: ...Al respecto la Sala ha sostenido que "el acceso a los empleos públicos debe hacerse a través de un proceso de selección que privilegie el mérito como factor determinante, siendo imperativo e imprescindible que se realice una convocatoria pública, en la que se fijen las reglas de juego que regulen el concurso, con sujeción a la Constitución y a la ley. Es claro, entonces, que la convocatoria constituye el instrumento normativo, por excelencia, que garantiza el acceso a tales empleos de todos los aspirantes en igualdad de condiciones y, una vez consumada la inscripción, quedan sujetos a las pautas establecidas en ella, so pena de que su alteración rompa ese equilibrio, salvo que ésta sobrevenga por una decisión judicial legalmente ejecutoriada. Pues bien, en el evento de que alguno de los participantes esté en desacuerdo con dichas pautas, el cauce adecuado para impugnarlas, por regla general, es la demanda de nulidad de la convocatoria o del acto jurídico en el cual se fundamenta, ante el juez competente, por tratarse de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, no susceptible, en principio, de la acción de tutela, por su naturaleza residual".

Sustenta su posición con pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la excepcionalidad de la procedencia de la acción de tutela en el evento de que exista de por medio un perjuicio irremediable; afirmando que en el caso sub examine, la accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que reclama y no puede alegar una vulneración de derechos dado que, a la fecha, no cuenta con los derechos consolidados que alega, precisamente porque siempre ha contado con una simple expectativa de hacer parte y ocupar posición meritoria dentro de la futura lista de elegibles.

Frente a la provisionalidad precisa que, la estabilidad laboral de los sujetos de especial protección constitucional, como son los prepensionados, las madres y padres cabeza de familia y las personas en condición de discapacidad, proviene no solo de la Ley 790 de 2002, sino directamente de múltiples disposiciones constitucionales y refiere que en Sentencia T-543 de 1992 9 Al respecto la Corte Constitucional expuso: "(...) El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad



laboral de los prepensionados con la figura del retén social y que en consecuencia, es importante tener en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional frente a la situación de personas en condición de prepensión y que se encuentren ejerciendo, mediante nombramiento provisional, un empleo de carrera que ha sido ofertado en un concurso público de méritos; enfatizando respecto a la garantía de la estabilidad laboral en favor de la población prepensionada. Es así, que la Corte Constitucional en Sentencia T- 373 de 2017, se refirió a las medidas aplicables tanto a los prepensionados, como a las madres cabeza de familia y discapacitados, así como a la obligación del nominador de efectuar los nombramientos en las listas de elegibles, en los siguientes términos: Esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa. Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. Hace referencia a otros pronunciamientos jurisprudenciales sobre la meterá.

Colige entonces, que es obligación de la administración evaluar cada caso en concreto, sus circunstancias particulares y normas aplicables para proteger de manera conjunta los derechos del prepensionado, madre o padre cabeza de familia y discapacitado, según el caso, así como garantizar el acceso al empleo público del elegible. Ahora, en el contexto de los pronunciamientos jurisprudenciales antes reseñados, el parágrafo 2º del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, estableció una medida afirmativa de protección en eventos como el del caso que nos ocupa, de la siguiente manera: Parágrafo 2. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad. 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. 3. Ostentar la condición de pre-pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical. Dicha norma estableció una escala de sujetos de especial protección bajo el parámetro de que la lista de elegibles esté conformada por un número menor de aspirantes al de vacantes a proveer, escala que debe ser tenida en cuenta por la administración a la hora de realizar un nombramiento en período de prueba, siempre y cuando se configure la situación plasmada en la norma en cita.



Señala que, bajo los lineamientos dados por la jurisprudencia constitucional y aplicando las normas vigentes en la materia, se considera que en las situaciones consultadas le asiste la obligación al nominador de efectuar los nombramientos en periodo de prueba a quienes ocupan un lugar en las listas de elegibles producto del concurso público de méritos y, en el evento de que dicha provisión deba efectuarse en un empleo ocupado por un servidor en provisionalidad con condición de prepensionado, madre cabeza de familia o discapacitado, la entidad debe adoptar las siguientes medidas: a) Agotar la escala u orden de provisión de cargos de un mismo empleo, según lo señalado en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, incluyendo a las madres cabeza de familia y discapacitados. b) De no ser posible lo anterior, nombrar a la persona de especial protección constitucional en otro empleo en provisionalidad, igual o equivalente al que ocupaba. c) De no ser posible ninguna de las anteriores medidas, debe la entidad adoptar otras que garanticen los derechos fundamentales afectados, según el análisis de los casos concretos, como puede ser asumir el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y/o pensión, entre otras. A manera de ejemplo, se enuncia la medida ordenada en la ya citada sentencia T-373 de 2017, en la que la Corte dispuso que "Si no fuera posible vincular a la accionante en un cargo en provisionalidad, entonces se deberá afiliar al Sistema de Seguridad Social en Salud,

Considera que frente a la CNSC opera la falta de legitimación en la causa por pasiva por lo que ser desvinculada de la presente acción, toda vez que si bien es cierto que la CNSC llevó a cabo el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes definitivos en la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO, también lo es que esa Comisión no tiene competencia para administrar la planta de personal de dicha entidad, no tiene la facultad nominadora y tampoco tiene incidencia en la expedición de sus actos administrativos. Y en ese sentido considera que, la CNSC no es la llamada a atender las pretensiones impetradas por la accionante, ya que, por imperativo constitucional y legal, la materia objeto de la presente solicitud escapa a la competencia de la misma, teniendo en cuenta que es el representante legal de la entidad en quien recae la obligación del nombramiento y posesión de los elegibles y quien corresponde establecer las acciones afirmativas para las personas en condiciones especiales.

Ya frente al caso concreto señala que es la accionante, quien manifiesta haber estado vinculada en provisionalidad en el empleo denominado Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 01, identificado con el Código OPEC No. 160263, perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO, y que por ello es importante precisar que, mediante Acuerdo No. 2020100003626 del 30 de noviembre de 2020, modificado por los Acuerdos No. 20211000020426 del 22 de junio de 2021, No. 20211000020626 del 28 de junio de 2021 y No. 20211000020746 del 9 de septiembre de 2021, la CNSC convocó a concurso público de méritos en las modalidades ascenso y abierto para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO identificado como Proceso de Selección No.1522 de 2020 – Territorial Nariño, los cuales, conforme lo establece el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, es norma reguladora del concurso y obliga tanto a la CNSC, como a la entidad convocante y a sus participantes. Que el Acuerdo No. 2020100003626 del 30 de noviembre de 2020,



establece en su artículo 3: "ESTRUCTURA DEL PROCESO DE SELECCIÓN. El presente proceso de selección tendrá las siguientes etapas: • Convocatoria y divulgación. • Adquisición de Derechos de Participación e Inscripciones para el Proceso de Selección en la modalidad de Ascenso. • Declaratoria de vacantes desiertas en el Proceso de Selección en la modalidad de Ascenso. • Ajuste de la OPEC del Proceso de Selección en la modalidad Abierto, para incluir las vacantes declaradas desiertas en el Proceso de Selección en la modalidad de Ascenso. • Adquisición de Derechos de Participación e Inscripciones para el Proceso de Selección en la modalidad Abierto. • Verificación de Requisitos Mínimos, en adelante VRM, de los participantes inscritos en cualquier modalidad de este proceso de selección. • Aplicación de pruebas escritas a los participantes admitidos en cualquier modalidad de este proceso de selección. • Aplicación de la prueba de ejecución para los empleos de Conductor a los aspirantes que hayan superado las pruebas escritas de competencias funcionales • Aplicación de la prueba de valoración de antecedentes a los participantes que superaron las pruebas escritas de este proceso de selección. • Conformación y adopción de las Listas de Elegibles para los empleos ofertados en este proceso de selección.

Resalta que una vez consultado en SIMO, ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS, se inscribió al empleo denominado Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 01, identificado con el Código OPEC No. 160263, sin embargo, no superó la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos, por tanto, no continuó en las demás fases del concurso tal y como consta: Superadas todas las etapas del Proceso de Selección se procedió a conformar y adoptar la respectiva lista de elegibles mediante la Resolución Nro. 12522 del 14 de septiembre de 2023 para el empleo identificado con el código OPEC No. 160263. Adicionalmente se informa que la lista de elegibles para el empleo identificado con código OPEC 160263 contenida en la Resolución No. 2023RES-400.300.24-072698, fue objeto de modificación debido al fallo de tutela de primera instancia emitido por el JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE BUESACO-NARIÑO, en el marco de la Acción de Tutela No. 2024-00009-00, promovida por el señor, EIDER GEOVANNYLEON CERON, en el cual se resolvió: "(...) PRIMERO. - TUTELAR los derechos fundamentales s al debido proceso administrativo, igualdad, derecho al trabajo; derecho al acceso a cargo públicos; en armonía con el principio de confianza legítima, del señor EIDER GEOVANNY LEON CERON persona mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 87.533.421 de Guitarrilla (N) SEGUNDO. - ORDENAR a LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL A LA COMISION DE PERSONAL DE LA GOBERNACION DE NARIÑO Y/O A QUIEN CORRESPONDA, que en el término de 48 horas al fallo de este se ordene la inclusión del señor EIDER GEOVANNY LEON CERON persona mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 87.533.421 de Guitarrilla (N) dentro de la lista de elegibles dentro del Proceso de Selección No. 1522 de 2020 "Territorial Nariño", convocado mediante Acuerdo No. 2020100003626 del 30 de noviembre de 2020, modificado a través de los Acuerdos No. 20211000020426 y 20211000020626 del 23 y 28 de junio de 2021(...) Que, con ocasión de dicho fallo esta CNSC expidió la Resolución N° 5729 del 5 de febrero de 2024, "Por la cual se modifica la Resolución No. 12522 del 14 de septiembre de 2023, por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer trescientos treinta y uno (331) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES, Código 470, Grado 1,



identificado con el Código OPEC No. 160263, MODALIDAD ABIERTO del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO, Proceso de Selección No. 1522 de 2020 – Territorial Nariño, en virtud del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Buesaco del 1 de febrero de 2024 en el marco de la Acción de Tutela No. 2024-00009-00". Que, mediante fallo de segunda instancia del 13 de febrero de 2024, el Juzgado Sexto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pasto-Nariño, frente a la impugnación presentada por esta Comisión respecto al fallo del 01 de febrero de 2024, proferido por el JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE BUESACO-NARIÑO, que ordenó incluir al señor EIDER GEOVANNYLEON CERON dentro de la lista de elegibles del empleo identificado con la OPEC 160263, resolvió: "(...) PRIMERO. - REVOCAR el fallo de tutela emitido de 1 de febrero de 2023, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Buesaco – Nariño, y declarar la IMPROCEDENCIA de la presente acción, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente. SEGUNDO. - Notifíquese por el medio más expedito. (...)" Así pues, la CNSC profirió la Resolución N° 6938 del 6 de marzo de 2024, "Por la cual se deja sin efectos la Resolución No. 5729 del 05 de febrero de 2024 a través de la cual se dio cumplimiento a la orden judicial decretada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Buesaco del 1 de febrero de 2024 bajo la Acción de Tutela No. 2024-00009-00, en el marco del Proceso de Selección No. 1522 de 2020 – Territorial Nariño, como consecuencia del fallo proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con funciones de conocimiento Pasto– Nariño del 13 de febrero de 2024 en el marco de la Acción de Tutela No. 5211040890012024-00009-00".

Aclara que, los actos administrativos referenciados anteriormente pueden ser consultados en el Banco Nacional de Lista de Elegibles ingresando al vínculo <https://bnle.cns.gov.co/bnle-listas/bnle-listas-consulta-general>, resaltando que se encuentra debidamente actualizado el estado de los elegibles para el empleo identificado con código OPEC 160263, y ello puede ser verificado ingresando a la Resolución No. 2023RES-400.300.24-072698 que aparece con el estado ACTIVA.

De conformidad con lo anterior, informa que la señora KIMBERLY JOHANNA VALLEJOS BENAVIDES, quien fue nombrada en periodo de prueba en el cargo que ostentaba la accionante por ocupar la posición 123, posición meritosa dentro de la lista de elegibles conformada para el empleo identificado con el código OPEC 160263: Aunado a lo anterior, menciona que los empleados vinculados mediante un nombramiento provisional gozan de una estabilidad relativa o intermedia, y por lo tanto están sujetos a una posible desvinculación cuando como producto de un concurso de méritos una persona gane el derecho a proveer el empleo ofertado.

Por otra parte aclara que, las funciones conferidas a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) para el ejercicio de las competencias de administración y vigilancia de los Sistemas de Carrera, son designadas por el artículo 130 de la Constitución Política de Colombia, entre las cuales, si bien tiene la de absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa, es claro que, en virtud de ellas no cuenta con la potestad para servir de instancia jurídica consultiva que implique o le permita coadministrar las relaciones laborales y situaciones administrativas que presenten las entidades públicas.



No obstante lo anterior precisa que la vinculación que ostentaba la accionante en provisionalidad, es un nombramiento de carácter transitorio, razón por la cual, los empleos que se encuentran en vacancia definitiva, o mediante nombramiento provisional o encargo deben ser provistos a través de concurso de mérito para lo cual finalizado el mismo, se procede a la expedición de las listas de elegibles, por ende la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

Así mismo, remite a lo consagrado en el inciso final del párrafo 2º de la Ley 1955 de 2019, que establece: "Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo." Precisa igualmente que, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 que contempló el denominado "retén social", tuvo su origen en el proceso de renovación de la Administración Pública, adelantado por el Gobierno de la época y, en consecuencia, sólo resulta aplicable cuando la desvinculación del servidor ocurre en el marco de un proceso de reestructuración o supresión de una autoridad administrativa; es así como, la Corte Constitucional ha señalado que no debe confundirse el retén social derivado de los procesos de modernización del Estado, de la estabilidad laboral de los sujetos de especial protección constitucional, como son los pre-pensionados, las madres y padres cabeza de familia y las personas en condición de discapacidad, lo cual no proviene de la Ley 790 de 2002, sino directamente de múltiples disposiciones constitucionales.

Aduce que, en la Sentencia T- 373 de 2017, la Corte se refirió a las medidas aplicables tanto a las madres cabeza de familia y personas en condición de discapacidad, así como a la obligación del nominador de efectuar los nombramientos en las listas de elegibles, en los siguientes términos: "(...) esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa. Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.



Señala entonces que, es obligación de la administración evaluar cada caso en concreto, sus circunstancias particulares y normas aplicables para proteger de manera conjunta los derechos del pre-pensionado, madre o padre cabeza de familia y personas en condición de discapacidad, según el caso, así como garantizar el acceso al empleo público del elegible.

Indica igualmente que, el párrafo 2º del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, estableció una medida afirmativa de protección en eventos como el del caso que nos ocupa, de la siguiente manera: "(...) Parágrafo 2. 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: . Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad, Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia, Ostentar la condición de pre-pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia, tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

En consecuencia colige que, según la norma y la jurisprudencia, si bien los empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. En consecuencia de lo expuesto, aclara que no es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil fijar lineamientos a las entidades públicas frente a la forma de provisión de los empleos cuando un funcionario que se encuentra enmarcado en alguna de las condiciones antes aludidas para permanecer en el cargo y que en consecuencia en el caso presente, se evidencia que corresponde a una situación administrativa particular presentada en la entidad nominadora, es decir, la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO, y que la CNSC no tiene competencia, pues en ejercicio de las facultades de administración y vigilancia de la carrera administrativa, consagradas constitucional y legalmente, no se encuentra la de coadministrar relaciones laborales y situaciones administrativas que se presenten en las entidades públicas, razón por la cual, el manejo de la planta de personal es exclusiva de la entidad y que por tanto más se podría afirmar que se le ha vulnerado por parte de esta entidad derechos fundamentales a la accionante.

Sin embargo, aclara que, los procesos de selección son el instrumento preferente para establecer el mérito y calidades de quienes aspiren a acceder a un empleo público de carrera, y así evitar que criterios diferentes a las capacidades, preparación y aptitudes personales, sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en la carrera administrativa. Por consiguiente, la accionante no puede pretender perpetuarse en el empleo que ocupaba como provisional, pues la provisionalidad es un mecanismo de provisión transitoria de los empleos, por lo tanto, los cargos ocupados en dicha modalidad se encontraban en vacancia definitiva, y por ende debían ser ofertados en el marco de un proceso de selección, como lo es el Proceso de Selección No. 1522 de 2020 – Territorial



Nariño, de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO. En consecuencia, la accionante no puede afectar los derechos de los aspirantes que superaron todas las etapas del proceso de selección.

frente a los derechos presuntamente vulnerados de mínimo vital y acceso a cargos públicos por concurso de méritos expone que, el ingreso a los empleos públicos de carrera se materializa de manera preferente, por medio de concurso de mérito, con el respectivo Proceso de Selección el cual, a partir de criterios objetivos previamente reglados, determina una vez superadas las etapas del proceso, quienes cuentan con las mejores calidades para ocupar los empleos de naturaleza de carrera administrativa. Estos procesos de selección son el instrumento preeminente para proveer por mérito y priorizar las calidades de quienes aspiren a un empleo público de carrera, y así evitar que criterios diferentes a las capacidades, preparación y aptitudes personales, sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en la carrera administrativa. Por consiguiente, cuando el (a) accionante manifiesta la vulneración de este derecho (al trabajo), al inscribirse en un Proceso de Selección, es pertinente clarificar que hasta tanto no ocupe una posición meritoria en la lista de elegibles cuya firmeza sea total, solo cuenta con una mera expectativa y no con un derecho adquirido.

Resalta al respecto las sentencias SU544-2001, T-1098 de 2004, SU-037 de 2009, T-957 de 2022, T- 425 de 2019, entre otras, se circunscribe a determinar la improcedencia de ejercer la acción de tutela en contra de las diferentes decisiones que se desarrollan al amparo de un concurso de méritos, por diversas razones, que incluyen la posibilidad de agotar los recursos ordinarios con que cuenta el ordenamiento, principalmente porque la jurisdicción contenciosa es el escenario propicio para ventilar controversias que requieren un amplio ejercicio no solo argumentativo sino procesal.

Finalmente hace énfasis que, la acción constitucional contemplada en el artículo 86 de nuestra carta política, no es un mecanismo que se pueda llevar en paralelo con procesos que se adelanten por la vía ordinaria, así como tampoco constituye mecanismos que adicionen, complementen y/o acumulen los procesos ordinarios, así como tampoco es un mecanismo alternativo y mucho menos funciona como una instancia y/o recurso. Por el contrario, es por principio y definición, una acción condicionada, extraordinaria, sui géneris y subsidiaria para la defensa judicial de la Constitución, en cuanto protege derechos fundamentales que, como ha quedado demostrado, no han sido vulnerados por esta Comisión Nacional.

Bajo estas consideraciones, y en cumplimiento del principio constitucional de mérito, corresponde para el caso que nos ocupa, a la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO, realizar en estricto orden de mérito los nombramientos en período de prueba de los aspirantes que integran las listas de elegibles para el empleo identificado con el código OPEC 160263.

De conformidad con lo expuesto, solicita no acceder a las pretensiones del accionante, en consideración que, la Comisión Nacional del Servicio Civil NO ha vulnerado en ningún sentido



derecho fundamental alguno y, como se evidencia, se ha dado correcta aplicación a las normas que rigen la carrera administrativa y por consiguiente los concursos de mérito. Aunado a ello, acorde con el artículo 33 de la Ley 909 de 2004, se encuentran publicados en la página web de la CNSC los acuerdos de convocatoria, así como el anexo técnico del Proceso de Selección los cuales contienen los lineamientos generales que direccionan el desarrollo del Concurso de Méritos, para la provisión de los empleos de carrera administrativa, los cuales y que son norma reguladora del concurso y obliga tanto a la CNSC, como a las entidades convocantes y a sus participantes cuales son conocidas por estos al momento de inscribirse, y garantizan los derechos fundamentales que yacen en cabeza de los participantes en la convocatoria. Aunado a que, como se ha reiterado, esta Comisión, no cuenta con la potestad para servir de instancia jurídica o consultiva que implique o le permita coadministrar las relaciones laborales y situaciones administrativas que presenten las entidades públicas, no ostenta facultades nominadoras y tampoco tiene incidencia en la expedición de los actos administrativos de la Entidad con los cuales atiendan las pretensiones de la demanda.

6.3 MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

ADRIANA PATRICIA LOPEZ GUERRERO Inspectora de Trabajo y Seguridad Social Dirección Territorial de Nariño, acatando instrucciones del director territorial de Nariño del Ministerio del Trabajo, doctor, MARIO ANDRES VALLEJOS MENESES, procede a dar respuesta a la presente acción de tutela en los términos que a continuación se sintetizan:

Refiere que los hechos narrados por la accionante no son de conocimiento de ese Ministerio puesto que los mismos obedecen a situaciones propias de la relación laboral que ostentan entre las partes.

Aclara que ante ese Ministerio no se ha puesto en conocimiento ningún asunto relacionado con el permiso para despedir a persona en situación de debilidad manifiesta, cuál sería el caso de la accionante en el caso de que el mismo se encontrara dentro de dicho grupo de personas.

No obstante lo anterior, pasa a referirse a lo dispuesto por el art. 13 de la Constitución que ordena al Estado proteger entre otras a las personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta, para lo cual hace referencia a la sentencia T 084 de 2018 donde se manifiesta que “reten social” es una acción afirmativa que materializa el deber constitucional que tiene el Estado de conceder un trato diferenciado a las mujeres cabeza de familia que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y que por dicha razón gozarían de estabilidad laboral reforzada.

Al respecto señala que sobre la condición de padres o madres cabeza de familia, se cuenta con precedentes constitucionales en los que se entiende que merecen especial protección del estado y que esa protección adquiere la forma de la estabilidad laboral reforzada y puede



ser garantizada vía acción de tutela. (Sentencia T 345 de 2015. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2015)

Esa protección a los padres o madres cabeza de familia forma parte de la protección denominada "reten social" que, además, es uno de los mecanismos previstos por el Legislador para garantizar la estabilidad laboral de las madres y padres cabeza de familia. Esta medida de protección especial deriva directamente de los mandatos constitucionales de protección a la igualdad material y a los grupos poblacionales anteriormente mencionados, dado que podrían sufrir consecuencias especialmente graves con su desvinculación. (Sentencia T – 84 de 2018. MP Gloria Stella Ortiz Delgado, 2018)

Argumenta que igualmente, pertenecen a la protección especial del "reten social" los sujetos de especial protección entre los que se encuentran también los pre pensionados y las personas en situación de discapacidad; y para saber si se disfruta de esa protección en calidad de padre o madre cabeza de familia se deben encontrar satisfechas las siguientes requisitos: "(i) que la mujer o padre tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer o padre en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia." De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso. (Sentencia SU388 de 2005. MP Clara Inés Vargas Hernández, 2005)

Es decir que no se puede acceder a esa protección por el solo hecho de ser considerado como el único miembro de la familia con ingresos, sino que también debe demostrarse el incumplimiento de las obligaciones alimentarias y de cuidado de la pareja (fuere hombre o mujer) y la ausencia de un tejido familiar que no le permita a la persona mantener a los familiares ascendentes o descendientes que tiene a cargo y que están en imposibilidad de trabajar.

Sostiene que la estabilidad en el empleo de estas personas no es absoluta, no implica una inmunidad que les permita a esas personas incumplir sus obligaciones laborales y cede proporcionalmente en los momentos en los que el empleador desaparece o se liquida

Pasa a indicar que de conformidad con la jurisprudencia constitucional se ha sostenido, de manera reiterada y uniforme, que la acción de tutela es procedente para reclamar la condición de reten social por dos motivos principalmente: (i) Las personas beneficiarias del "reten social" son sujetos de especial protección que, además, se encuentran en situaciones de particular vulnerabilidad, dado que se trata de madres o padres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad o próximas a pensionarse. (ii) Los efectos del "reten social" se producen dentro del marco de procesos de reestructuración administrativa que culminan rápidamente. Por tanto, la jurisdicción contencioso administrativa no es el mecanismo idóneo ni eficaz para reclamar los beneficios derivados de estos programas pues



se hace predecible que para cuando se produzca el fallo contencioso administrativo "la respectiva entidad ya se encuentre liquidada y no se tenga a quien reclamar el reintegro laboral y el pago de los respectivos salarios".

Sobre la condición de MADRE CABEZA DE FAMILIA- hace referencia a los presupuestos jurisprudenciales para su reconocimiento a saber: "(i) que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas "incapacitadas" para trabajar; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso.

La Sala considera que los funcionarios vinculados en provisionalidad por un período de tiempo determinado, previsto de antemano desde su nombramiento, son titulares de la protección especial derivada del "retén social" y, en esta medida, son beneficiarios de estabilidad laboral reforzada en el curso de los procesos de reestructuración administrativa de las instituciones públicas. No obstante, la entidad respectiva puede desvincular a estos servidores siempre que satisfaga la carga argumentativa requerida para tal efecto, es decir, que justifique plenamente la existencia de razones objetivas del servicio para el retiro de los trabajadores que se encuentran en esta condición.

Por otra parte sostiene que, no es de carácter absoluto La estabilidad laboral reforzada derivada del llamado "retén social", no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo. Así, en el marco de los ajustes institucionales propios de los procesos de reestructuración de la administración pública, se debe garantizar la permanencia de los servidores públicos que tengan derecho a la protección especial derivada del "retén social" y en las madres cabeza de familia, argumenta que, se deben tener presente las reglas establecidas por la jurisprudencia constitucional en la aplicación del denominado "retén social" respecto de la desvinculación de madres o padres cabeza de familia en el marco de ajustes institucionales de la administración: "(i) En los procesos de modificación de la estructura de la administración pública (reestructuración, fusión, o liquidación de entidades, por ejemplo) en los que exista supresión de cargos, las entidades públicas deben observar los parámetros propios de la estabilidad laboral de los servidores públicos beneficiarios del denominado "retén social". (ii) La estabilidad laboral derivada del "retén social" es aplicable tanto para funcionarios de carrera administrativa como para servidores vinculados en provisionalidad, así como para trabajadores oficiales. No obstante, cuando se trata de la permanencia de trabajadores beneficiarios del "retén social" vinculados en provisionalidad por un término definido, la administración puede retirarlos cuando existan razones objetivas del servicio que justifiquen de manera suficiente la desvinculación de dichos funcionarios. (iii) Los trabajadores que alegan ser beneficiarios del "retén social" deben informar oportunamente a su empleador esta circunstancia, so pena de perder su derecho a recibir la protección especial derivada de su condición, en razón de su falta de diligencia. (iv) La



estabilidad laboral reforzada de la cual son titulares los beneficiarios del “retén social” cobija tanto al sector central de la administración pública como al descentralizado. Así mismo, es predicable de los servidores públicos vinculados a instituciones del orden nacional y de las entidades territoriales. (v) Las medidas que adopten las entidades públicas en el marco de la aplicación de la protección derivada del denominado “retén social” no pueden implicar un trato discriminatorio entre las personas o grupos que son titulares de especial protección. Por tanto, no sería admisible garantizar la estabilidad laboral de las personas en situación de discapacidad y excluir de protección a los “pre pensionados”. (vi) Finalmente, se reitera que la estabilidad laboral originada en el llamado “retén social” no es absoluta. Por tanto, los titulares de esta protección pueden ser desvinculados cuando medie una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada. Además, su estabilidad laboral se materializa mediante el reintegro —siempre y cuando ello se encuentre dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas— y se extiende hasta la terminación definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva o hasta que cesen las condiciones que originan la especial protección.”

Finalmente SOLICITA declarar la improcedencia de la acción con relación al Ministerio del Trabajo, y en consecuencia exonerarlo de responsabilidad alguna, dado que no hay obligación o responsabilidad de su parte, ni ha vulnerado ni puesto en peligro derecho fundamental alguno al accionante.

6.4 PARTICIPANTES DEL CONCURSO Y ACTUAL INSPECTOR DE POLICIA MUNICIPAL

Solo la señora KIMBERLLY JOHANA VALLEJOS BENAVIDES, es la única concursante que se pronuncia frente a la presente acción de tutela y lo hace en los términos que a continuación se resumen:

Corroborando los hechos 1,2,3,y 4 del escrito de la acción de tutela, mientras que respecto a los hechos determinados por la actora del quinto al octavo afirma no tener conocimiento.

Frente a las pretensiones de la accionante se limita a manifestar que éstas deberán ser decididas por ésta judicatura, solo que hace conocer que por cumplir con los requisitos mínimos exigidos en la convocatoria que se hace a través de la CNSC decidió inscribirse y participar del mismo el cual después de agotar todas las etapas del proceso del concurso, fue incluida en la lista de elegibles y por ello decide optar por dicho cargo en la Institución educativa Agropecuaria de Santa Ana lugar donde se ofertaron tres vacantes y que al momento de optar habían dos, sin tener en conocimiento de quienes eran las personas que estaban ocupando dichos cargos en provisionalidad.

Informa que la Secretaría de educación del Departamento de Nariño, mediante Resolución No. 2344 del 10 de mayo de 2024 realiza su nombramiento en periodo de prueba en el cargo que venía ocupando en provisionalidad la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS y se posesionó el 16 de mayo del presente año, tal como consta en el acta de posesión 558 de dicha fecha.

6.5 PORVENIR S.A



DIANA MARTINEZ CUBIDES, obrando en calidad de Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, de Pasto, procede a contestar la presente acción de tutela como se resume a continuación.

Informar en primer lugar que, la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS está afiliada a PORVENIR S.A con inicio de vigencia en el periodo 2008-01 y se reporta como último aporte a seguridad social en pensión el correspondiente al periodo 2024-05 reportado por el empleador DEPARTAMENTO DE NARIÑO con novedad de retiro reportada.

Indica igualmente que de acuerdo con la historia laboral actualizada a mayo de 2024, la accionante cuenta con 845 semanas consolidadas y que por lo mismo no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez por capital de la que trata el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 en tanto que el capital obrante en la cuenta de ahorro individual no le permite acceder a dicha prestación.

Señala que, en la actualidad se requieren 1150 semanas y cumplir 57 años para que una afiliada mujer al Régimen de Ahorro Individual pueda ser una posible beneficiaria de dicha prestación y que la actora cuenta con solo 845 semanas no reúne la densidad de semanas señaladas.

Frente a las pretensiones de la accionante solicita que PORVENIR S.A., sea desvinculada en virtud a que argumenta, no le corresponde sustentar la terminación de la relación legal y reglamentaria entre el empleador y la accionante. Para ello hace referencia a varios pronunciamientos jurisprudenciales constitucionales sobre la legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente solicita declarar IMPROCEDENTE las pretensiones de la acción de tutela o en su defecto DESVINCULAR a PORVENIR S.A., ya que considera es ajena a cualquier vulneración o amenaza de los derechos fundamentales citados por la parte actora.

7. legitimación en la causa

7.1 por activa

El artículo 86 de la Constitución Política legitima a las personas para presentar acción de tutela en contra de una autoridad que por acción u omisión amenace o vulnere derechos fundamentales, o contra particulares en los casos previstos en el decreto 2591 de 1991.

Quien presenta la tutela lo puede hacer en nombre propio, o por quien actúe en su nombre como su representante legal, por intermedio de apoderado judicial, a través del defensor del pueblo o personero Municipal o por un agente oficioso (artículo 10 decreto 2591 de 1991).

De lo anterior podemos decir que Si bien el titular de los derechos fundamentales es a quien, en principio, le corresponde interponer el amparo constitucional, lo cierto es que es posible que un tercero acuda ante el juez constitucional, esto es, que puede ser interpuesta por el representante de la persona que ha visto vulneradas sus prerrogativas, por otra persona que agencie los derechos del titular ante la imposibilidad de este último de acudir por sí mismo al amparo o por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.



En el caso que ocupa la atención, es posible considerar que la acción de tutela interpuesta acredita el requisito de legitimación en la causa por activa, como quiera que quien interpone la acción, esto es, la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS quien comparece como titular de los derechos presuntamente vulnerados, a través de apoderada judicial legalmente constituida mediante poder, Dra. ANA CRISTINA LOPEZ RODRIGUEZ.

7.2 por pasiva.

El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, según lo establecido en el Capítulo III del citado Decreto, particularmente, conforme a las hipótesis que se encuentran plasmadas en el artículo 42.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha sostenido que para satisfacer el requisito de legitimación en la causa por pasiva es necesario acreditar dos exigencias: " (i) que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión".

En el caso que nos ocupa, en cuanto al primero de los requisitos señalados, se observa que (i) el Departamento de Nariño a través de la secretaría de educación departamental, es un ente territorial del orden departamental; mientras que (ii) la CNSC, en virtud del artículo 130 del Texto Superior, tiene la condición de órgano constitucional autónomo, con personería jurídica y autonomía administrativa, patrimonial y técnica. Tal y como se deriva de lo anterior, ambas entidades hacen parte de la estructura del Estado y, por ende, tienen la condición de autoridades públicas.

De igual manera se resalta que la conducta que se estima contraria a los derechos cuya protección se invoca, esto es, DERECHO AL MÍNIMO VITAL, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, AL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL se endilga a ambas entidades, es decir, tanto a la CNSC como responsable del proceso del concurso al cargo que provisionalmente ocupaba la accionante, como al DEPARTAMENTO DE NARIÑO. SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, en la medida en que a ellas se les endilga la vulneración de los derechos fundamentales por parte de la accionante, al ser desvinculada del cargo que venía ocupando en provisionalidad y designar en periodo de prueba a quien hace parte de la lista de elegibles como resultado del concurso de méritos convocado para dicho cargo, razón por la cual se puede colegir que una y otra se encuentran legitimadas por pasiva, no solo porque se trata de sujetos respecto de los cuales procede el amparo, sino también porque la violación que se alega es susceptible de predicarse de las actuaciones a su cargo.

Se considera entonces que habrá de desvincularse de la presente acción de tutela a KIMBERLY JOHANA VALLEJOS BENAVIDES, MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL Y FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.



8. Pruebas

- Cedula de ciudadanía ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS.
- Nombramiento y posesión de la tutelante en el cargo de auxiliar de servicios generales
- Resolución de insubsistencia No. 2344 del 10 de mayo de 2024.
- Petición de reintegro elevada ante la entidad accionada.
- Oficio del 28 de junio de 2024 por el cual, el DEPARTAMENTO DE NARIÑO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN negó la solicitud de reintegro.
 - Listado de vacantes para el cargo OPEC 160263 -auxiliar de servicios generales- de abril de 2024 publicado por la entidad accionada.
 - Registro civil de matrimonio entre ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS y Edgar Guillermo Bastidas.
 - Registros civiles de nacimiento de: hijos Samuel Alejandro Bastidas Bastidas y Claudia Pantoja Bastidas y de nietos: Claudia Camila Ortiz Pantoja y Jhon Fredy Ortiz Pantoja.
 - Certificado de estudios de hijo menor de edad.
 - Declaraciones extra juicio
 - Comprobantes de obligaciones crediticias de ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS.
 - Cedula ciudadanía Edgar Guillermo Bastidas.
 - Historia clínica de Edgar Guillermo Bastidas.
 - Historia laboral emitida por Porvenir con corte a marzo de 2024.
 - Comunicación de tutela a elegibles
 - Publicación de la acción de tutela en la página web SED Nariño
 - Lista de elegibles 2023RES-400.300.24-072698
 - Lista de elegibles 2024RES400.300.24-021614
 - Convocatoria-AUDIENCIA-ASG
 - Acta de escogencia de empleo de KIMBERLLY VALLEJOS
 - Comunicaciones RES 2344 de 10 de mayo ALICIA BASTIDAS
 - Comunicación RES 2344 de 10 de mayo Kimberly Vallejos
 - Petición Reintegro instaurado por ALICIA BASTIDAS
 - Respuesta a petición
 - SAC de petición de ALICIA BASTIDAS
 - Acta de posesión de Kimberly Vallejos
 - Resolución No. 3298 del 1 de octubre de 2021, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC.
 - Acuerdo No. 0362 del 30 de noviembre de 2020, "Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO identificado como Proceso de Selección No.1522 de 2020 - Territorial Nariño".
 - Acuerdos No. 20211000020426 del 22 de junio de 2021, "Por el cual se modifica el artículo 8° del Acuerdo No. CNSC-20201000003626 del 30 de noviembre del 2020, "Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las



modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO identificado como Proceso de Selección No.1522 de 2020 - Territorial Nariño”.

- Acuerdo No. 20211000020626 del 28 de junio de 2021, “Por el cual se modifica el artículo 8° del Acuerdo No. CNSC-20201000003626 del 30 de noviembre del 2020 “Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO, identificado como Proceso de Selección No.1522 de 2020 - Territorial Nariño”, modificado por el Acuerdo CNSC-20211000020426 del 22 de junio de 2021”.
- Resolución N° 12522 del 14 de septiembre de 2023, “Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer trescientos treinta y uno (331) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES, Código 470, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 160263, MODALIDAD ABIERTO del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO, Proceso de Selección No. 1522 de 2020 – Territorial Nariño”.
- Constancia de inscripción de la accionante
- Declaración de la accionante señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS.
- Historia laboral de ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS a mayo de 2024 expedida por PORVENIR S.A.

9. Problema jurídico a resolver.

Se ocupará el despacho en determinar si la Gobernación de Nariño- Secretaría de educación ha vulnerado o no los derechos fundamentales al mínimo vital, estabilidad reforzada, al trabajo y seguridad social de la señora ALICIA ROARIO BASTDAS BASTIDAS al ser desvinculada del cargo que ocupaba en provisionalidad, en razón al nombramiento en el mismo cargo a quien se encuentra en la lista de elegibles en virtud de haber superado todas las etapas del concurso de méritos 1522 de 2020

10.La inmediatez.

Según el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela puede interponerse en todo momento y lugar. Sin embargo, la jurisprudencia ha considerado que debe existir “una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales”. Lo anterior, en razón a que dicha acción constitucional tiene como finalidad conjurar situaciones urgentes que requieren de la actuación rápida de los jueces.

En este caso considera el despacho que se cumple con la exigencia en comento en razón a que la presente acción de tutela fue radicada el 22 de julio del presente año en contra de la decisión adoptada por la secretaria de Educación Departamental de Nariño, el 10 de



mayo del año en curso mediante resolución 2344 que confirma la desvinculación de la accionante en virtud del nombramiento en periodo de prueba en el cargo que venía ocupando (auxiliar de servicios generales en la institución Educativa Agropecuaria Santa Sana-Imués, a quien superó el concurso y en consecuencia da por terminado el nombramiento en provisionalidad, es decir, que sólo ha transcurrido dos meses y once días, tiempo que considera es razonable para incoar la presente acción de amparo.

11. subsidiariedad

Señala el artículo 86 de la Constitución Política que la acción de tutela es un medio judicial de carácter residual y subsidiario, que se utiliza cuando se advierte vulneración o amenaza a derechos fundamentales cuando no exista otro medio judicial idóneo para su defensa, o cuando existiendo no es idóneo y eficaz o sea necesario para evitar un perjuicio irremediable.

La corte Constitucional ha señalado que un mecanismo judicial es idóneo, si es materialmente apto para resolver el problema jurídico planteado y producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Por su parte, es eficaz, cuando permite brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados. (sentencias T-388 de 1998, T-095 de 2002, SU-913 de 2009, T-556 de 2010, T-169 de 2011, T-156 de 2012, T-604 de 2013, T-180 de 2015, T-610 de 2017, T-438 de 2018, T-227 de 2019, T-425 de 2019).

Por modo entonces que le corresponde al juez de tutela en cada caso particular establecer si el medio judicial del que dispone el accionante es idóneo y eficaz.

Por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el perjuicio irremediable se caracteriza por ser (i) inminente, es decir, que la lesión o afectación al derecho está por ocurrir; (ii) grave, esto es, que el daño del bien jurídico debe ser de una gran intensidad; (iii) urgente, en tanto que las medidas para conjurar la violación o amenaza del derecho se requieren con rapidez; e (iv) impostergable, porque se busca el restablecimiento de forma inmediata.

Así las cosas, se colige que la acción de tutela no es la regla general para la protección de los derechos sino de una vía subsidiaria

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sido insistente en precisar que la acción de tutela no es el mecanismo judicial previsto por el legislador para efectos de proteger derechos para controvertir los actos proferidos en el marco de un concurso de méritos sino que se debe acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, y se ha previsto entre otros casos cuando el proceso de selección **Ha concluido con la elaboración y firmeza de la lista de elegibles**. (sentencias T-610 de 2017, T-438 de 2018, T-227 de 2019, T-425 de 2019 entre otras).

La improcedencia de la acción de tutela en los casos como en el previsto anteriormente ha sido corroborado también por el Consejo de estado toda vez que advierte que cuando se



encuentra en firme la lista de elegibles ya se genera una situación jurídica particular, ya que crea derechos ciertos que deben ser debatidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues el debate, se centra o bien en la legalidad del proceso o como en el caso que ocupa nuestra atención, en el cumplimiento de las normas previstas en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien en el caso que ocupa nuestra atención, la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS considera que su estabilidad laboral reforzada ha sido vulnerada por la Secretaría de Educación Departamental de Nariño cuando fue desvinculada de su cargo que desempeñaba en provisionalidad como auxiliar de servicios generales.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado reiteradamente que cuando se discute la vulneración de estabilidad laboral reforzada, en el análisis del requisito de subsidiariedad, se debe tener en cuenta que, generalmente, están involucrados sujetos de especial protección constitucional (sentencias T 405 de 2015, 041 de 2019, 433 de 2022 entre otras).

De conformidad a lo citado en precedencia y en razón a que la desvinculación de la actora se encuentra contenido en un acto administrativo, en principio se puede colegir que la señora BASTIDAS BASTIDAS debió acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando, como medida cautelar, la suspensión provisional de la decisión.

En efecto el Consejo de Estado en sentencia de tutela dentro del radicado número: 23001-23-33-000-2012-00067-01, del 29 de noviembre de 2012, precisó que la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuenta con las garantías para analizar la legalidad de los actos administrativos dictados en el trámite del concurso de méritos y por esa vía controlar cualquier irregularidad, más cuando dentro de la jurisdicción contenciosa se puede solicitar la adopción de medidas cautelares y que de consiguiente al juez constitucional le compete establecer, si al momento de decidir la acción de tutela ha sido publicada la lista de elegibles.

No obstante lo anterior, la Corte también ha clarificado que la improcedencia de la tutela en estos eventos no opera automáticamente, pues se hace necesario también tener en cuenta el contenido de la pretensión y las condiciones de los sujetos involucrados.

En efecto, el anterior criterio ha sido aplicado en casos como el que ocupa nuestra atención, ejemplo de ello es la sentencia T 246 de 2022 donde la Corte Constitucional precisó:

“Esta Corte ha señalado que, en principio, la tutela no es procedente para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se retira del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad, dado que se trata de controversias asignadas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ‘cuya estructura permite un amplio debate probatorio frente a las circunstancias que podrían implicar una actuación de la administración contraria al mandato de legalidad’. Específicamente, ha indicado que este tipo de asuntos debe ser controlado judicialmente acudiendo para ello al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.



No obstante, ha admitido que la tutela procede cuando tal mecanismo judicial ordinario no resulta idóneo ni eficaz, a la luz de las circunstancias del accionante, para proteger los derechos que se estiman vulnerados, tal como se deriva de lo dispuesto en los artículos 6.1 y 8 del Decreto 2591 de 1991”

Descendiendo al caso que ocupa nuestra atención y de conformidad con las pruebas allegadas y los informes rendidos tanto por la secretaría de educación departamental de Nariño y la Comisión Nacional del servicio civil se puede colegir que la resolución 2344 del 10 de mayo del presente año, mediante el cual se desvincula a la accionante del cargo que venía ocupando en provisionalidad, en virtud al nombramiento de la señora KIMBERLLY JOHANA VALLEJOS BENAVIDES quien superó el concurso 1522 de 2020, y cuyo acto administrativo tiene como sustento la lista de elegibles conformada en el proceso concursal antes citado, observa este despacho que no se observa un vicio de nulidad y por lo mismo, el acudir ante lo contencioso administrativo no sería el medio más idóneo para la protección de la estabilidad reforzada de la actora, en las circunstancias por ella alegada, es decir, que es prepensionada y madre cabeza de familia; ello, se reitera, porque el acto administrativo en si mismo, no presenta vicio de nulidad.

Por el contrario, la presente acción de tutela pretende que se respete una garantía a favor de la accionantes, que es obligación de la administración pública- empleador dadas las condiciones que han sido expuestas por la accionante en su escrito de solicitud de amparo constitucional, y es evidente que la acción contencioso administrativa estaría delimitada por la legalidad del acto administrativo y no por las omisiones de las administración-empleador para garantizar la estabilidad laboral de la accionante, que es precisamente la pretensión central de la acción de tutela que nos ocupa, estabilidad laboral reforzada que se considera vulnerada al negar su reconocimiento de prepensionada y madre cabeza de familia.

Bajo este orden de ideas, considera esta judicatura que se cumple con el requisito de subsidiariedad de la presente acción de tutela.

12.La provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos

El artículo 125 de la Constitución Política establece el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional, como los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajos oficiales, y los demás que determine la ley. Asimismo, el referido artículo dispone que: “los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados a través de concurso público. 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. 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, establece que "en ningún caso, la afiliación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción."

Así las cosas, según ha precisado la Corte Constitucional el objetivo de esta disposición superior es 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 este modo, ha señalado la Corte, la carrera administrativa se convierte en 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. (sentencia T 373 de 2017)

Por esta razón, la jurisprudencia constitucional ha reiterado 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: (ibídem)

"(...) 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. Por otra parte, los funcionarios 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 este Tribunal Constitucional constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso y al principio de publicidad."

En consonancia con el artículo 53 de la Constitución Política, según el cual una de las garantías mínimas que debe tener el trabajador es la estabilidad en el empleo, la Corte 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 vulnerabilidad." (Sentencia T b014 de 2019)

Así las cosas, la Corte Constitucional ha definido la estabilidad laboral como:



“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” (sentencia C 470 de 1997, T 052 de 2020).

13. Estabilidad laboral reforzada

La estabilidad laboral reforzada es una garantía de origen constitucional que se fundamenta en los artículos 13 y 53 de la Constitución, los cuales consagran el principio de igualdad y la obligación que tiene el Estado de velar por una igualdad real y material a favor de las personas que se encuentran en debilidad manifiesta y la estabilidad en el empleo que se le debe proteger al trabajador o funcionario público.

Esa garantía tiene como objetivo impedir que el empleador, en el sector público o privado, abuse de sus facultades legales frente a la vinculación de una persona y, so pretexto de su ejercicio, cometa actos de discriminación que sobrepasen los límites que imponen los derechos fundamentales (Sentencia T 246 de 2022)

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

Sobre este punto, en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte señaló 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.”

Sin embargo, teniendo en cuenta que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden haber sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, o personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad, la Corte ha reconocido 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, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.” (Sentencia T 464 de 2019).

En esta dirección, en sentencia SU-917 de 2010, la Corte precisó que “la vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional”

La Corte Constitucional en Sentencia SU 087 de 2022 determinó que esta garantía se consagró “(i) para lograr que el mandato de igualdad sea real y efectivo, especialmente para las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, de acuerdo con su condición económica, física o mental” y (ii) para cumplir las exigencias adscritas a la cláusula de Estado social y al principio de solidaridad”.

De igual manera en Sentencia T378 de 2023, la Corte calificó la estabilidad laboral reforzada como “un derecho fundamental que garantiza la permanencia en el empleo de quienes son más propensos a sufrir discriminación en el ámbito laboral”.

No obstante lo anterior, la misma jurisprudencia constitucional se ha encargado de clarificar que este derecho a la estabilidad laboral reforzada no es un derecho absoluto, ya que un trabajador que goza de esta garantía puede ser desvinculado si existe una razón objetiva y que no corresponda a un acto discriminatorio.

Sin embargo, esta justificación siempre debe ser sometida al escrutinio del inspector del trabajo a efectos de determinar su validez en función de los derechos del trabajador. Específicamente, en la Sentencia SU-087 de 2022 la Corte sostuvo que:

“[E]xigir a un empleador acudir a la autoridad laboral para efectos de obtener el permiso de despido de un trabajador que puede ser considerado en situación de discapacidad (...) no es desproporcionado. En efecto, esta garantía existe para prevenir la discriminación en razón de la discapacidad, por lo que la Oficina del Trabajo se encuentra habilitada para intervenir a efectos de establecer si la terminación de la relación laboral obedece o no a una causa objetiva”



Se hace necesario igualmente precisar que esta garantía no cobija únicamente a personas en situación de discapacidad o con afectaciones en su salud, sino que también aplica a los servidores que tenga alguna de las siguientes condiciones: Mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, aforados sindicales, madres cabeza de familia y prepensionados.

Con relación a los servidores vinculados en provisionalidad, es importante mencionar que la Corte Constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

En este sentido, si bien los empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

13.1 ESTABILIDAD LABORAL DE LOS PREPENSIONADOS

En sentencia SU-003 de 2018, la Corte determinó que son prepensionados las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los siguientes tres años) a cumplir el número de semanas -o tiempo de servicio- requeridos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En esa decisión, la Corte unificó su jurisprudencia para determinar que los funcionarios de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada, y que no tiene la calidad de prepensionado el funcionario al que solamente le falta cumplir el requisito de la edad para obtener la pensión.

La calidad de prepensionado protege la expectativa de obtener la pensión de vejez ante la pérdida intempestiva de su empleo. Por lo anterior, la estabilidad laboral reforzada a favor del prepensionado ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al sistema general de seguridad social en pensiones para consolidar así los requisitos que le faltan para obtener la pensión de vejez, que deben corresponder a la cotización equivalente a tres años o menos (es decir a 154,44 semanas de cotización o menos, para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida).



Ahora bien, no se debe pasar de lado que en Colombia también se puede cotizar en pensión en el REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, donde los aportes son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal y dada la relación entre el ahorro y la pensión, el monto de la pensión será variable y no previamente definido.

A diferencia del Régimen de Prima media (RPM), en el Régimen de ahorro individual (RAIS) solo debe cumplir un requisito que es acumular el capital necesario para asegurar una pensión de vejez (art. 64 de la ley 100 de 1993); esto es, un capital acumulado esto es, un capital acumulado en su cuenta de ahorro individual que le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

En ese orden, el trabajador o trabajadora dependiente, tendrá fuero de pre-pensionado siempre y cuando le falten 3 años o menos para completar el capital suficiente para obtener una pensión mensual superior al 110% del Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

En este sentido los fondos privados piden acumular un capital mínimo que permita financiar una pensión de por lo menos un 110% de un salario mínimo legal mensual vigente que según los especialistas en seguridad social, como lo explica la Dra. DIANA MILENA VARGAS, abogada socia del grupo Legal Partner, un afiliado a estos fondos privados deberá acumular en su cuenta "un capital mínimo equivalente a unos 330 salarios mínimos mensuales, lo que sería \$429.000.000"

No obstante, como lo determina la ley, para poder adquirir la pensión los colombianos afiliados a los fondos privados igualmente deben llegar a la edad de los 57 años mujeres y 62 hombres y cumplir con las semanas de cotización, en este caso de 1.150 semanas; sin embargo y como se dejó antes señalado, estos fondos brindan la posibilidad de adquirir una pensión anticipada, que sólo depende del capital ahorrado.

Ahora bien, esa garantía de estabilidad laboral reforzada a favor del prepensionado no otorga un fuero absoluto de protección que le impida a la entidad nominadora la desvinculación del servicio público, por razones objetivas tales como el desarrollo de un concurso de méritos. Al respecto, la Corte sostuvo en la sentencia SU-446 de 2011:

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

No obstante, la estabilidad laboral reforzada del prepensionado genera la obligación de trato preferencial que debe cumplir la entidad nominadora "en la medida de las posibilidades". Esa obligación se concreta en: "(i) tomar medidas para que esos servidores sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos; y, (ii) si existen cargos en vacancia definitiva similares o equivalentes a los que venían ocupando, nombrarlos en esos cargos



mientras se proveen a través del concurso de méritos y hasta que logren cumplir los requisitos para obtener su pensión de vejez”

. Al respecto, la Corte en la sentencia T-464 de 2019 sostuvo:

“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, **la Corte 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**”

13.2 ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRES CABEZA DE FAMILIA.

El fuero de estabilidad laboral reforzada para madres y padres cabeza de familia está consagrado en la ley colombiana y ofrece una serie de garantías que limitan las posibilidades de despido o terminación laboral de estos trabajadores.

Para acreditar esta condición, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia SU-388 de 2005, manifestó que es necesario cumplir con los siguientes requisitos para dicha protección:

- Que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar.
- Que esta responsabilidad sea de carácter permanente.
- Que la responsabilidad sea derivada no solo de la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; o cuya pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde, por algún motivo como la incapacidad física, sensorial, psíquica o mental, o como es obvio, la muerte.
- Que no reciba ayuda alguna por parte de los demás miembros de la familia, o recibéndola, que exista una deficiencia sustancial entre lo requerido para satisfacer el mínimo vital de los sujetos a su cargo y lo recibido, siendo en la práctica, el sustento del hogar una responsabilidad exclusiva de la madre.

II. CASO CONCRETO

En el caso presente se encuentra claramente acreditado que a través de la CNSC se realizó convocatoria a concurso público de méritos en las modalidades ascenso y abierto para



proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Gobernación del departamento de Nariño, identificado como Proceso de selección No. 1522 de 2020.

En el acuerdo 20201000003626 del 30 de noviembre de 2020 se establece la estructura del proceso de selección, dentro del cual se informa que la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS se inscribió al empleo denominado auxiliar de servicios generales, código 470, grado 01 identificado con el código OPEC No. 160263, sin que superara la etapa de verificación de requisitos mínimos, no pudiendo continuar con las demás etapas del concurso.

Se encuentra acreditado igualmente que la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS, fue nombrada en provisionalidad en el cargo de auxiliar de servicios generales, en la planta Global de la Gobernación de Nariño, cargo que desempeñó desde el 14 de enero de 2008 hasta el 10 de mayo de 2024.

El cargo que venía desempeñando la accionante fue ofertado en el Proceso de selección 1522 de 2020.

Se encuentra igualmente demostrado que una vez superadas todas y cada una de las etapas del concurso al cargo que ocupaba la accionante fue nombrada en periodo de prueba a la señora KIMBERLLY JOHANA VALLEJOS BENAVIDES quien superó el concurso y optó por dicho cargo que había sido ofertado, dándose por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS, según se determina en la resolución 2344 del 10 de mayo del presente año, resolución que le fue debidamente notificada a las partes.

Por otra parte según lo certifica el fondo de pensiones privados PORVENIR a la cual se encuentra afiliada la accionante, con corte al mes de mayo del presente año tiene cotizadas 845 semanas y un saldo de \$61.285.158

La señora apoderada de la actora refiere que su poderdante está dentro de la categoría de prepensionada con fundamento en dos aspectos.

En primero lugar señala que si bien es cierto el FONDO PRIVADO DE PENSIONES PORVENIR CERTIFICA 833.8 semanas cotizadas (a mes de marzo) , se observa que en la historian laboral se cuenta el mes como de 30 días y el año como 360 sin tener en cuenta la sentencia SL-138 de 2024 proferida por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia que ordena que las semanas cotizadas debe calcularse con días calendario de 360 y 366 días al año y que bajo ese entendido la accionante contaría con 845.86 semanas cotizadas por lo que para llegar a 1000 le faltarían 154.14 semanas o lo que es lo mismo 2.96 años.

Con respecto a este punto, el despacho considera que se debe atenerse a lo probado en el expediente, esto es, a lo certificado por el FONDO DE PENSIONES PORVENIR el cual certifica que a corte de mayo de 2024 la accionante tenía 845 semanas consolidadas.



Si la parte accionante no está conforme con dicha certificación, no es el juez de tutela quien debe resolver dicho cuestionamiento, pues la accionante cuenta con medios idóneos para hacer valer ese derecho ante la solicitud al mismo FONDO DE PENSIONES PORVENIR y en caso de no acceder a sus pedimentos ante la justicia ordinaria.

Ahora con fundamento en lo certificado y siendo que la desvinculación se hizo el 10 de mayo del presente año, a esa fecha como lo refiere PÓRVENIR S.A. en su informe, LA ACTORA CUENTA CON 845 SEMANAS.

Por otra parte, el 6 de junio de 2023, la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 2° del numeral 2° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en lo que respecta al tiempo de cotización de las mujeres. Este artículo establecía el requisito para acreditar el derecho a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida -administrado por Colpensiones-, en 1.300 semanas de cotización a 1000 semanas, pero se determinó que los efectos de la decisión se aplicarán a partir del 1 de enero de 2026, fecha en la cual, si el congreso y el gobierno no han dispuesto el régimen a aplicar, se comenzará a disminuir las semanas, que para el año 2026 sería de 1250 semanas.

De igual forma, la reforma pensional Ley 2381 de 16 de julio de 2024 entra en vigencia a partir del 1 de julio de 2025 por tanto no es aplicable en estas instancias como lo pretende la señora apoderada de la accionante.

Bajo este orden de ideas la norma aplicable para determinar si es pre pensionable (con pensión en garantía) según lo previsto en el art. 65 de la ley 100 de 1993 es que la accionante cotice 1.150 semanas de cotización, como lo reafirma el fondo de pensiones PORVENIR S.A.

Realizando la operación aritmética tenemos entonces que a la actora le faltarían por cotizar 205 semanas lo que equivale a 3.93151 años, término fuera del rango para ser considerada como pre pensionable y por ende por este concepto no sería objeto de la protección de estabilidad reforzada que solicita la accionante.

Ahora bien, como se aclaró en acápites anteriores de la presente sentencia, a pesar de que no puede exigirse un trato especial en razón a la alegada condición de pre pensionada de la accionante, debido a que le hace falta más de tres años para reunir la totalidad de la cotizaciones requeridas por ley; lo cierto es que existen otras circunstancias que también son alegadas en la presente acción de tutela y ellas se refiere a que ostenta su condición de madre cabeza de familia y afectación del mínimo vital.

Tal como se puntualizó la entidad accionada, SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, tenía la obligación de identificar y en consecuencia, adoptar acciones afirmativas a favor de aquellos sujetos de especial protección constitucional que estuvieran ocupando cargos en provisionalidad, para que en lo posible, fueran reubicados en otros empleos vacantes.



Dentro de las afirmaciones realizadas en el informe que rinde la SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO, se tiene que la obligación antes referida fue cumplida por ésta, así lo advierte y asevera que no se vislumbró ninguna causal de reten social en cabeza de la señora ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS, hecho además que se evidencia si se tiene en cuenta que la señora BASTIDAS eleva un derecho de petición donde expone que es madre cabeza de familia y por ello solicita su reintegro; petición que es contestada negativamente en virtud a que la SECRETARIA de educación Departamental de Nariño, NO ENCONTRÓ acreditada dicha condición con los documentos allegados por la actora, reafirmando que se estudió su hoja de vida y no se encontró situaciones especiales que acreditaran que estuviera inmersa en una circunstancia que ameritara protección especial reforzada, procediendo entonces a la designación de la persona que concursó y superó dicho concurso y además optó por el cargo que en provisionalidad venía ocupando la señora ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS.

Aclara la secretaría de educación accionada que se ofertaron 350 cargos del nivel del que ocupaba la accionante y ello se corrobora en el listado de vacantes aportado al expediente, pero se advierte que la lista de elegibles es de 525 personas, lo que quiere decir que en caso de presentarse más vacantes definitivas en el cargo en cuestión, se debe hacer los nombramientos en el orden de calificación de dicha lista, de consiguiente, en el evento de que se tutelara los derechos como madre cabeza de familia y mínimo vital, el juzgado no podría acceder a ordenar su reintegro inmediato al mismo cargo que venía desempeñando o uno de mayor jerarquía, por el respecto que se debe da a la carrera administrativa y los resultados del concurso de méritos, pues esta decisión vulneraría los derechos de quienes concursaron y superaron el concurso y ya han sido nombrados, además se iría en contra de la jurisprudencia de la Corte que reconoce la carrera administrativa como un mecanismo preferente para el acceso y gestión de empleos públicos.

Sin embargo, el despacho procederá a determinar si la señora BASTIDAS BASTIDAS ostenta la condición de madre cabeza de familia y su desvinculación afecta su mínimo vital, que amerite un trato preferencial por ser un sujeto de especial protección constitucional y de ser positiva dicha circunstancia disponer que, únicamente en el evento de existir vacantes disponibles al momento de la notificación de la presente decisión judicial, o en caso tal de que existan vacantes futuras en provisionalidad, la secretaria de educación departamental de Nariño nombre a la accionantes, a un cargo igual o equivalente al que ocupaba.

Como se advirtió en acápites anteriores la jurisprudencia constitucional ha advertida que los trabajadores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, saben desde su ingreso, que su cargo lo ocuparán hasta cuando se nombre a la persona que haya superado todas las etapas del concurso de méritos y que, por ende, solo de manera excepcional y en los casos claramente determinados por la misma jurisprudencia podrán tener una protección constitucional. Uno de esos casos es precisamente el que se acredite ser padre o madre cabeza de familia.

Se reitera igualmente que la calidad de madre cabeza de familia se acredita con los siguientes presupuestos: (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de



otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que la responsabilidad sobre los hijos sea de carácter permanente; (iii) que se presente una ausencia permanente o abandono del hogar por parte del padre y que este se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones, o bien que no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte. Por último, (iv) que no exista un apoyo amplio y sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Descendiendo al caso que ocupa nuestra atención se tiene acreditado lo siguiente:

En el escrito de tutela se afirma que la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS que tiene bajo su responsabilidad a su menor hijo SAMUEL ALEJANDRO BASTIDAS (14 años), a su esposo EDGAR GUILLERMO BASTIDAS, sus nietos menores de edad CLAUDIA CAMILA ORTIZ de 12 años y JHON FFREDY ORTIZ de 14 años y la madre de sus nietos CLAUDIA PANTOJA, personas que afirman dependían únicamente del salario que devengaba la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS, en razón a que su esposo si bien vive con ella se encuentra incapacitado para trabajar ya que le han practicado varias cirugías en sus ojos que le impiden laborar como antes lo hacía.

Como bien lo sostiene el Ministerio de trabajo y seguridad social en su informe con base en la jurisprudencia constitucional "...no se puede acceder a la protección de reten social por el solo hecho de ser considerado como el único miembro de la familia con ingresos, sino que también debe demostrarse el incumplimiento de las obligaciones alimentarias y de cuidado de la pareja y la ausencia de un tejido familiar que no le permite mantener a los familiares, ascendientes, descendientes que tiene a cargo y que están en imposibilidad de trabajar"

Para el caso en estudio considera esta judicatura que requisitos exigidos por la jurisprudencia no se cumplen.

En efecto, se encuentra acreditado que el núcleo familiar de la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS, lo conforman ella, su esposo y su menor hijo de 14 años, desvirtuándose con la propia declaración de la accionante que, también están a su cargo sus dos nietos y la mamá de ellos, como se afirma en el escrito de tutela.

Ahora, si bien es cierto que uno de los que conforman su núcleo familiar es el menor SAMUERL ALEJANDRO, en modo alguno se ha acreditado que se presente una ausencia permanente o abandono del hogar por parte del padre de dicho menor y que por ende se esté sustrayendo de las obligaciones legales que como padre le corresponde pudiendo hacerlo o la demostración de que tenga incapacidad para trabajar, de tal forma que en realidad de verdad se vea afectado su mínimo vital, entendido éste como los ingresos mínimos que aseguren a toda persona sus subsistencia o satisfacción de las necesidades básicas.



De acuerdo con la declaración de la accionantes y las declaraciones extraprocesal de los señores GLORIA EMERITA CASTRO, LILIANA HIDALGO SALDAÑA , CARÑPSD BOLIVA GUACHA Y AMILCAR HERNAN PANTOJA se evidencia que la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS convive con su esposo quien ordinariamente se dedica a las labores de la agricultura y múltiples labores del campo que le permitían obtener ingresos para el sustento de su familia.

Si bien es cierto que con la historia clínica del esposo de la accionante, señor EDGAR GUILLERMO BASTIDAS se evidencia que a raíz de patologías que sufrió en su ojos tuvo que ser sometido a cirugía, dicho aspecto no lo imposibilita para trabajar de manera permanente en razón a que su médico tratante le ordenó tres meses de incapacidad, tiempo que consideró el galeno suficiente para su recuperación, pues no hay otro medio de prueba que indique que la incapacidad se haya prorrogado, evidenciándose que la incapacidad ya se encuentra cumplida y no hay otro motivo que le impida trabajar y conseguir los recursos para el sustento de su familia o cumplir con sus obligaciones alimentarias.

Los testimonios allegados al expediente son contestes en afirmar que por la enfermedad que padece el esposo de la actora le impide trabajar, son opiniones de índole personal que no se encuentran avaladas por un médico laboral que indique si efectivamente las cirugías que le practicaron en sus ojos lo imposibilitan permanentemente para trabajar; lo que se acredita es que el médico tratante le dio una incapacidad temporal que ya se cumplió.

Es obvio que con la desvinculación de la señora ALICIA ROSARIO del cargo que venía cumpliendo en provisionalidad, los ingresos de la familia se vean afectados y por ello tienen que adecuar su estilo de vida a su nueva situación dentro de su núcleo familiar integrado como lo expone la accionante en su testimonio por ella, su esposo y su menor hijo que se encuentra estudiando en el mismo lugar de su residencia y en un colegio público, según se determina de la certificación allegada al expediente.

Bajo las anteriores circunstancias considera el despacho que no se acreditó el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para considerar a la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS como madre cabeza de familia y por ende sujeto de especial protección constitucional a quien deba reconocérsele una estabilidad reforzada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Imués-Nariño, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley

RESUELVE:



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Juzgado Promiscuo Municipal de Imués

jprmpalimues@cendoj.ramajudicial.gov.co

PRIMERO. – NO TUTELAR los derechos fundamentales incoados por la señora ALICIA ROSARIO BASTIDAS BASTIDAS, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO. – DESVINCULAR de la presente acción de tutela al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

TERCERO: NOTIFICAR por el medio más eficaz tanto a la parte accionante como a la accionada y vinculados del resultado de la presente providencia.

Los concursantes deberán ser notificados por conducto de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de su página Web, quienes de manera inmediata deberán allegar a éste Despacho las respectivas constancias de la notificación.

CUARTO. - Si no fuere impugnado el presente fallo oportunamente, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, se remitirá a la H. Corte Constitucional en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,

NIDIA MARLENY ROSERO MELO
JUEZA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Juzgado Promiscuo Municipal de Imués
jprmpalimues@cendoj.ramajudicial.gov.co