

República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

4

## **SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No. 2**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**  
**MAGISTRADO PONENTE**

**STP13390-2016**

**Radicación No. 88.066.**

Acta No. 301

Bogotá D.C., septiembre veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016).

### **I. VISTOS:**

Procede la Sala a resolver las impugnaciones formuladas por MARÍA REYES VELASCO VALENCIA y el Secretario de Educación Municipal de Palmira, Fernando Ríos Hernández, contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2016 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por medio de la cual concedió parcialmente el amparo a los derechos invocados por la señora VELASCO VALENCIA frente a la Comisión Nacional del

Servicio Civil, la Alcaldía Municipal de Palmira y la Secretaría de Educación Municipal de la ciudad última referenciada.

## **II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN**

1. Los presupuestos fácticos de la presente acción constitucional fueron sintetizados de manera adecuada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, en el fallo de primera instancia, en la forma como pasa a transcribirse:

*«Afirma la accionante que se inscribió a concurso convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para docentes y directivos docentes población afro descendiente, negra, raizal y palenquera, obteniendo un puntaje de 62.18; que desde el 17 de julio de 2015 se viene desempeñando en “vacancia temporal” en el cargo de docente de básica primaria en la Institución Educativa Cárdenas de Mirriñao.*

*Manifiesta, que a pesar de encontrarse en la lista de elegibles para ocupar el referido empleo, el 1º de febrero de 2016 fue notificada de la Resolución N° 223 del 28 de enero del corriente año, mediante la cual la Secretaría de Educación del Municipio de Palmira, daba por terminado su contrato a partir del siguiente día.*

*Aclara, que ante dicha situación presentó acción constitucional al considerar que no se tuvo en cuenta su estado de embarazo, solicitando protección laboral reforzada, pero que la misma fue fallada negativamente indicándole que dicha condición no había sido dada a conocer al municipio de Palmira...».*

2. Por lo anteriormente expuesto, la señora MARÍA REYES VELASCO VALENCIA acude al Juez de tutela para que, previo el agotamiento del trámite previsto en el Decreto 2591 de 1991, protejan los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, igualdad, trabajo y la estabilidad laboral reforzada de la que es titular en razón de su estado de

gravidez, y en consecuencia, solicita que se ordene a las entidades accionadas que procedan a efectuar su nombramiento en período de prueba en uno de los cargos de docente de básica primaria para las Instituciones Educativas Oficiales del municipio de Palmira, por haber superado el respectivo concurso de méritos.

3. Mediante escrito adiado el 22 de agosto de 2016<sup>1</sup>, la señora VELASCO VALENCIA, adicionó su demanda inicial, argumentando que en la actualidad *«según informes del sindicato de Palmira y comunicación e fecha 22 de julio de 2016 a José E. Acosta, Presidente Comisión Nacional de Servicios Civiles por parte de Fernando Ríos Hernández de la Secretaría de Educación Municipal de Palmira...»* actualmente existen en esa municipalidad 14 cargos de docente de básica primaria disponibles en provisionalidad, razón por la cual, considera que le asiste el derecho de ser nombrada en período de prueba en uno de ellos por cuanto superó el concurso de méritos, se halla inscrita en la lista de elegibles –que no se ha agotado– y además por encontrarse en estado de embarazo.

### **III. TRÁMITE DE LA ACCIÓN**

1. De la petición de amparo conoció la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, que en proveído fechado 11 de agosto de 2016<sup>2</sup> avocó conocimiento y dispuso comunicar lo pertinente a las autoridades accionadas para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

---

<sup>1</sup> Ver folios 37 a 38 del Cuaderno Original de Tutela de Primera Instancia.

<sup>2</sup> Ver folios 23 a 24. *Ibidem*.

2. El doctor Víctor Hugo Gallego Cruz, Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil<sup>3</sup>, solicitó la desvinculación de esa entidad del presente trámite constitucional, al no incurrir en acción u omisión que vulnere los derechos fundamentales invocados por la actora.

Frente al caso en concreto, informó que *«en virtud de las facultades constitucionales y legales, la CNSC expidió el Acuerdo No. 275 del 22 de abril de 2012, mediante el cual convocó a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de Directivos Docentes y Docentes de preescolar, básica, media y orientadores, en establecimientos educativos oficiales que prestan su servicio a población afro colombiana negra, raizal y palenquera ubicados en la entidad territorial certificada en educación Departamental del Valle del Cauca, Convocatoria No. 231 de 2012, en cuanto al nombramiento de los elegibles, es preciso señalar que este se efectúa en audiencia pública y en estricto orden de mérito. Así es que a la fecha... se ha hecho uso de la lista de elegibles hasta la posición 19 de la lista de elegibles modificada y la aspirante MARÍA REYES VELASCO VALENCIA, se encuentra en la posición 23 con un puntaje consolidado de 62.18 puntos».*

De otra parte, señaló que en lo que respecta al nombramiento en período de prueba, de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la Ley 715 de 2001, la competencia para tales efectos se halla radicada en los departamentos.

3. El doctor Fernando Ríos Hernández, actuando en su calidad de Secretario de Educación y representante de la Alcaldía Municipal de Palmira<sup>4</sup>, concurrió al presente trámite para solicitar la improcedencia de la demanda, para lo cual

---

<sup>3</sup> Ver folios 30 a 31. Ibidem.

<sup>4</sup> Ver folios 56 a 57. Ibidem.

informó que *«si bien es cierto la señora MARÍA REYES VELASCO VALENCIA, se encuentra en la lista de elegibles de etnoeducadores, actualmente no existen vacantes definitivas en el área de básica primera para etnoeducadores, debido a que todas fueron ocupadas por docentes en período de prueba de la lista de elegibles, acorde a los puntajes y posiciones y respecto a las plazas en vacancia temporal estas tampoco se han presentado para etnoeducadores del área de básica primaria».*

Agregó que en el momento que se presente alguna vacancia en el área de básica primaria afro descendiente, la provisión de la misma se surtirá en estricto orden de puntaje de la lista de elegibles vigente, precisando que de la misma, *«el último docente nombrado en período de prueba fue el número 19, quedando a la espera de realizar nuevos nombramientos tan pronto exista una plaza en vacancia definitiva».*

#### **IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

1. La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, mediante fallo dictado el 25 de agosto de 2016<sup>5</sup>, concedió parcialmente la solicitud de amparo constitucional formulada por la actora.

2. Estableció el Tribunal *a quo* que en el presente asunto, la actora estaba nombrada en provisionalidad en un cargo que, como consecuencia de un concurso de méritos, tuvo que ser proveído con una persona que superó las etapas de la convocatoria pública y se encontraba en lista de elegibles; asimismo, precisó que para ese momento la señora VELASCO VALENCIA gozaba de estabilidad laboral reforzada, por encontrarse en estado de gravidez.

---

<sup>5</sup> Ver folios 58 a 71. Ibidem.

3. En ese contexto, consideró el Juez de tutela de primera instancia que *«el derecho a la estabilidad laboral reforzada intermedia de la que era titular por ocupar un empleo en provisionalidad fue parcialmente respetado, en la medida en que la terminación del vínculo laboral obedeció a una razón justificada en el ordenamiento jurídico que fue publicitada en el acto administrativo de desvinculación; pero de otro lado, no parece protegido el derecho a la seguridad social de la accionante y su hijo por nacer, pues la accionada territorial no acreditó haber respetado y garantizado a la actora ese derecho derivado de su estabilidad laboral intermedia».*

4. Así las cosas, concluyó el a quo que en aras de brindarle mayor protección a los derechos de la actora, se tutelarán sus derechos, y en consecuencia se ordenará a la Secretaría de Educación del Municipio de Palmira (Valle), que *«dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, ordene lo pertinente para que se le cancele a la señora MARÍA REYES VELASCO VALENCIA el valor correspondiente a los meses de salario dejados de percibir hasta cuando fue retirada hasta tres meses después del parto, y se pague las cotizaciones a la EPS a la cual se encontraba afiliada, desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida; siempre y cuando aquella no acceda dentro de la lista de elegibles, como quiera que ella misma aduce que participó y ganó el concurso de méritos para ocupar el cargo de docente de básica primaria con un puntaje de 62.18, lo que la posicionó en el puesto N° 23 de la referida lista, la cual a la fecha se ha agotado hasta el puesto N° 19».*

## V. IMPUGNACIÓN

1. Dentro del término legalmente establecido, la señora MARÍA REYES VELASCO VALENCIA<sup>6</sup>, hizo uso del mecanismo de

---

<sup>6</sup> Ver folios 78 a 79. Ibidem.

impugnación, para solicitar que se adicione la sentencia de tutela de primera instancia, en el sentido de accederse a la pretensión formulada en la demanda inicial, relativa a que se efectúe su nombramiento en período de prueba en una de las vacantes de docente de básica primaria que actualmente existen en la Secretaría de Educación de Palmira, pues reitera que le asiste tal derecho en la medida que se halla inscrita en la lista de elegibles vigente.

2. Por su parte, el Secretario de Educación Municipal de Palmira, Fernando Ríos Hernández, se opuso a lo resuelto por el Tribunal de primera instancia argumentando que si bien la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, el cual busca prevenir y evitar un perjuicio irremediable a la madre gestante, dando aplicación al llamado «*Fuero de Maternidad*», lo cierto es que, en el presente asunto la entidad empleadora no tuvo conocimiento del estado de gravidez de la accionante con anterioridad al despido, de allí que *«no se presenta un nexo de causalidad entre el embarazo y la finalización de la relación laboral»*.

## **VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 1º, numeral 2º del Decreto 1382 de 2000, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en razón a que, en relación con la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, ésta es su superior funcional.

2. El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de manera expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter irremediable.

3. Resulta indiscutible que la solicitud de protección constitucional presentada por la ciudadana MARÍA REYES VELASCO VALENCIA está dirigida a que, por medio del presente mecanismo extraordinario, se conceda la tutela de las prerrogativas fundamentales invocadas y como consecuencia de ello se ordene a las entidades públicas accionadas que procedan a efectuar su nombramiento en período de prueba en uno de los cargos de docente de básica primaria para las Instituciones Educativas Oficiales del municipio de Palmira, por haber superado el respectivo concurso de méritos, y por encontrarse actualmente, en estado de gravidez.

Al respecto, como tuvo oportunidad de reseñarse, el Tribunal a quo, si bien no accedió a la mentada pretensión, sí concedió la tutela de los derechos de la actora y de su hijo que está por nacer ordenando a la Secretaría de Educación del Municipio de Palmira (Valle), que *«dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, ordene lo pertinente para que se le cancele a la señora MARÍA REYES VELASCO VALENCIA el valor correspondiente a los meses de salario*

*dejados de percibir hasta cuando fue retirada hasta tres meses después del parto, y se pague las cotizaciones a la EPS a la cual se encontraba afiliada, desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida; siempre y cuando aquella no acceda dentro de la lista de elegibles...».*

En la oportunidad legal establecida para ello, la señora VELASCO VALENCIA, a través del mecanismo de la impugnación insistió en que se adicione la sentencia de tutela en el sentido de acceder a su nombramiento en período de prueba; mientras que el Secretario de Educación de Palmira, se opuso a la orden constitucional, argumentando que el despido de la actora no obedeció a su estado de embarazo, pues el mismo se conoció tiempo después, y que en esa medida no se satisfacían los requisitos definidos por la ley y la jurisprudencia para dar aplicabilidad al fuero de maternidad.

4. Fijado en esos términos el debate, desde ya advierte la Sala que los motivos de reproche expuestos por las partes recurrentes no están llamados a prosperar, razón por la cual se impartirá confirmación integral del fallo de primera instancia.

5. En efecto, en relación con la petición sobre la cual insiste MARÍA REYES VELASCO VALENCIA, la Sala considera que resulta pertinente recordar que de conformidad con la jurisprudencia nacional:

*«... las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme» (C.C.S.SU-913/2009).*

4

Di igual manera se ha sostenido, de manera reiterada y pacífica que, *«las bases del concurso se convierten en reglas particulares que obligan tanto a los participantes como a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables»* (C.C.S.T-112A/2014).

Además, en relación con el respeto por el orden de los turnos as listas de elegibles, la Corte Constitucional ha precisado que: *«... mediante las listas de elegibles, la administración reconoce el derecho que tiene aquel que ocupó el primer lugar dentro de aquella a ser nombrado en el cargo para el cual concursó»* agregando que *«a través de la lista de elegibles se organiza la información de los resultados del concurso, señalándose quiénes tendrán derecho a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje»* (C.C.S.T-569/2011).

Siendo ello así, acceder a la pretensión de la aquí demandante, implicaría cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participaron del concurso público de méritos, pues si bien la señora VELASCO VALENCIA ocupa un puesto en la lista de elegibles *«para proveer quince (15) vacantes de Docente de Primaria de las Instituciones Educativas Oficiales que atienden población afro colombiana negra, raizal y palenquera en la entidad territorial certificada en educación Municipio de Palmira..., en el marco de la Convocatoria No. 239 de 2012»*<sup>7</sup>, también es cierto que, según lo informado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, aún no le corresponde el turno para ser nombrada, toda vez que ocupó la plaza N° 23, y hasta el momento se han proveído 19 cargos de esa lista,

---

<sup>7</sup> Ver folio 20. Ibidem.

circunstancia ésta que indica que debe continuar a la espera de que se genere el número de vacantes necesarias para adquirir el derecho a ser nombrada en período de prueba.

6. De otra parte, advierte la Sala que el desconocimiento del estado de gravidez de la actora al momento de su despido, alegado por el señor Secretario de Educación de Palmira, para oponerse a la orden constitucional de tutela emitida por el Tribunal *a quo*, carece de fundamento, toda vez que acorde con la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional el conocimiento del embarazo de la trabajadora no es requisito para establecer si existe o no protección reforzada, sino para determinar el grado de la misma.

En términos de la Corte:

*«39.- Sobre este punto, como se presentó en apartados precedentes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha evolucionado considerablemente. En un primer momento, la Corte estableció que se requería una notificación formal del estado de embarazo, como condición indispensable para derivar la protección constitucional reforzada. Mientras que en sentencias recientes, ha afirmado esta Corporación, que no es necesaria la comunicación del embarazo al empleador, para derivar la protección constitucional. En este sentido, las consecuencias jurídicas relacionadas con la comunicación o no del embarazo y las condiciones de dicha comunicación, han sido diferentes a lo largo de la jurisprudencia, por lo que se ocupará la Corte de unificar los criterios en este sentido.*

*Al respecto, lo primero que debe precisar la Corte, siguiendo la jurisprudencia constitucional y los apartados precedentes de esta sentencia, es que el conocimiento del embarazo de la trabajadora no es requisito para establecer si existe o no protección, sino para determinar el grado de la protección.*

40.- Así, el conocimiento del embarazo por parte del empleador da lugar a una protección integral y completa, pues se asume que el despido se basó en el embarazo y por ende en un factor de discriminación en razón del sexo. **Por otra parte, la falta de conocimiento, dará lugar a una protección más débil, basada en el principio de solidaridad y en la garantía de estabilidad en el trabajo durante el embarazo y la lactancia, como un medio para asegurar un salario o un ingreso económico a la madre y como garantía de los derechos del recién nacido**» (C.C.SU-070/2013).

Por manera entonces que, con base en lo anterior, se concluye que no existe razón para revocar la determinación adoptada por el Tribunal a quo, máxime cuando ante la imposibilidad jurídica de ordenar el reintegro laboral de la actora, la alternativa por él escogida relativa a «*que se reconozcan las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad*» tiene pleno respaldo en la jurisprudencia nacional (C.C.SU-070/2013), y además, tal medida de protección constituye un medio constitucionalmente admisible para asegurar un ingreso económico a la actora y de contera garantizar el bienestar e integridad de quien está por nacer.

7. Por todo lo anteriormente expuesto, al no encontrar esta Sala reparo alguno en las consideraciones adoptadas por el Tribunal a quo, como previamente se anunció, se impartirá confirmación del fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Penal de Tutelas No. 2**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**1. CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de agosto de 2016 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por las razones expuestas en la parte considerativa.

**2. REMITIR** las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

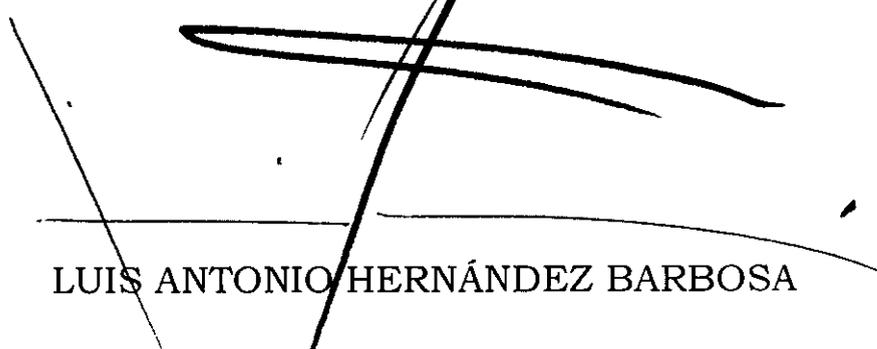
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA  
Secretaria

