



SALA DE CASACIÓN PENAL

TUTELA

REPORTE DE CONSULTA

CRITERIOS DE BÚSQUEDA

FECHA DE CONSULTA: Jueves 23 de Noviembre de 2017

TOTAL RESULTADOS ENCONTRADOS : 1

RESULTADOS SELECCIONADOS : 1

SALA DE CASACIÓN PENAL - SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS

ID	: 513284
M. PONENTE	: FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
NÚMERO DE PROCESO	: T 88066
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: STP13390-2016
PROCEDENCIA	: Tribunal Superior Sala Penal de Buga
CLASE DE ACTUACIÓN	: ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 21/09/2016
DECISIÓN ACCIONADO	: CONFIRMA CONCEDE TUTELA PARCIAL COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, ALCALDÍA MUNICIPAL DE PALMIRA Y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE PALMIRA
ACCIONANTE	: MARÍA REYES VELASCO VALENCIA
ACTA n.º	: 301

ASUNTO:

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es procedente ordenar el nombramiento en periodo de prueba de la actora, en una de las vacantes de docente básica

primaria, en el municipio de Palmira, tomando en cuenta que ocupa el puesto n.º 23 de la lista de elegibles y se encuentra en estado de embarazo?

TEMA: DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Fuero de maternidad en la Rama Judicial: causal objetiva y razonable de la desvinculación no lesiona derechos fundamentales (argumentos del Tribunal Superior)

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Fuero de maternidad: amparo respecto del pago de los salarios dejados de percibir y las cotizaciones en salud como medida de protección de la mujer gestante y del nasciturus

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Vulneración

Tesis:

«(...) 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..."».

CARRERA ADMINISTRATIVA - Concurso de méritos - Lista de elegibles: inmodificabilidad de la lista (c. j.)

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS - Concurso de méritos de la Comisión Nacional del Servicio Civil - Carácter vinculante de la convocatoria: improcedencia de la acción de tutela para modificar las reglas y etapas de la convocatoria

CARRERA ADMINISTRATIVA - Concurso de méritos - Provisión de cargos - Lista de elegibles: el orden de elegibilidad corresponde a los puntajes obtenidos en el concurso (c. j.)

DERECHO DE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS - Concurso de méritos de

la Comisión Nacional de Servicios - Convocatoria para proveer cargos de docentes y directivos docentes de la población afro descendiente, negra, raizal y palenquera de Palmira: no prospera el amparo para ordenar el nombramiento en periodo de prueba como quiera que aun no se encuentra en turno de nombramiento

Tesis:

«"... 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).

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", 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, 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».

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR LA MATERNIDAD - Fuero de maternidad: el conocimiento del embarazo por

parte del empleador no es requisito determinante de la protección, si no del grado de la misma (c. j.)

Tesis:

«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)».

CONSIDERACIONES:

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).

De 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 a 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», 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, 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.

[7: Ver folio 20. Ibídem.]

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 adquiriera 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.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA: Rad: CC SU-913/09 CC T-112A/14
CC T-569/11 CC SU-070/13

PARTE RESOLUTIVA: 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.

CATEGORÍA: Derechos de las mujeres al trabajo, derechos laborales y a la seguridad social
