



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiuno (21) de junio de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-001-2019-00119-01
ACCIONANTE:	OLGA LUCÍA GALVÁN LASTRE
ACCIONADO:	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA
NATURALEZA:	ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a decidir la impugnación presentada por la parte accionada, contra la sentencia adiada 14 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, concedió el amparo solicitado.

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- Pretensiones¹:

OLGA LUCÍA GALVÁN LASTRE, promovió acción de tutela contra el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**, invocando la protección de los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, seguridad social, vida digna y estabilidad laboral reforzada.

Como consecuencia de tal amparo, pide que se ordene al establecimiento público SENA, reintegrarla al cargo que venía desempeñando o a uno de iguales condiciones.

¹ Fl. 7.

1.2.- Hechos²:

Mediante Resolución N° 00088 del 9 de abril de 2015, la señora **OLGA LUCÍA GALVÁN LASTRE** fue vinculada, en provisionalidad, al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**, en el empleo de instructor G12.

A través de Circular N° 3-2018-000159 de fecha 7 de septiembre de 2018, el SENA fijó las directrices que debían seguir los empleados que se encontraban en condiciones especiales dentro de la entidad, a fin de remitir la respectiva información a la Comisión Nacional de Servicio Civil.

El 21 de septiembre de 2018, la accionante manifestó, por escrito, ante la Coordinación Grupo Mixto Administrativo de la entidad, la condición de madre cabeza de familia. Tras lo cual, mediante oficio N° 2-2018-002707 de fecha 11 de octubre, la entidad le informó sobre la aprobación de su situación especial.

No obstante lo anterior, dice, el SENA dio por terminado su nombramiento.

Alega, que es mujer cabeza de hogar, a cargo de su hija y padre y además, que goza de fuero sindical, toda vez que es miembro de la junta directiva del sindicato de empleados del SENA – SUCRE.

1.3 Contestación:

-. **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA³**: Adujo que la acción de tutela es improcedente, toda vez que la demandante cuenta con mecanismos de defensa judicial para controvertir el acto administrativo que la desvinculó.

² Fls.1 – 4.

³ Fls. 137– 143.

Agregó, que la desvinculación de la actora se dio con ocasión del nombramiento de una persona que ganó el concurso de méritos, adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Puntualizó, que a la señora **OLGA LUCÍA GALVÁN LASTRE**, se le garantizaron todas las acciones afirmativas en torno a la situación especial que ostentaba.

Recalcó, que *"no es viable realizar reubicaciones en los empleos vacantes definitivos de la planta de personal, pues ello implica la vulneración del derecho preferente a encargo de todos los funcionarios con derechos de carrera administrativa de los niveles jerárquicos inferiores al empleo en el que por orden judicial de tutela deber reubicar al accionante, quienes ingresaron a la entidad por el mérito conforme a las reglas de carrera vigentes al momento de su ingreso y cuyos derechos están resultando vulnerados."*

- **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL⁴**: Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, argumentando que el presente reclamo constitucional se dirige exclusivamente en contra del SENA. Añadió, que los efectos de la sentencia, en modo alguno, surtirán efectos sobre la entidad, toda vez que el concurso que adelantó, culminó con la firmeza de la lista de elegibles.

1.4. Sentencia impugnada⁵:

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia adiada 14 de mayo de 2019, declaró procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por ello, tuteló los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, seguridad social, vida digna y estabilidad laboral reforzada de la señora **OLGA LUCÍA GALVÁN LASTRE**.

⁴ Fls. 173 – 174.

⁵ Fls. 192 – 205.

Para arribar a tal decisión consideró, que si bien el SENA adoptó ciertas medidas afirmativas a favor de la parte actora, no era menos cierto que las mismas no resultaron suficientes e idóneas, para una verdadera protección como madre de cabeza de familia.

Resaltó, que a nivel nacional existen 351 y en la Regional SUCRE 5 cargos de Instructores G 01- 20 ocupados en provisionalidad, sin que la entidad se haya esforzado por verificar las situaciones especiales que pudieses tener las personas que están nombradas en ellos, para establecer el grado de prelación y preferencia con relación a la accionante.

Por lo anterior, dispuso las siguientes órdenes:

“A) Orden principal:

Nómbrese en provisionalidad a la señora Olga Lucia Galván Lastre, identificada con cédula de ciudadanía No 33.082.539 en el cargo de Instructor No 01-20 que se encuentra vacante en la Regional Sucre, siempre que cumpla con el perfil, las calidades y requisitos mínimos para el mismo, que su remuneración sea igual o similar al de Instructor — grado 14 que la actora ocupaba al momento de su desvinculación y siempre que con ello no se afecte el siguiente orden de prelación de protección:

- 1. Personas naturales que al momento de su retiro ostentaban derechos de carrera sobre el cargo de **Instructor No 01-20** y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*
- 2. Traslados al cargo de **Instructor No 01-20** de empleados 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. Personas de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado al cargo de **Instructor No 01-20**, siempre que dicho empleo sea igual o equivalente.*
- 4. Personas que al momento en que deba producirse el nombramiento tengan derecho a acceder al mismo por encontrarse en turno en la lista de elegibles para el empleo de Instructor No 01-20.*

En el escenario de esta orden judicial, la vinculación laboral de la accionante, dependerá de la existencia de vacantes, y su vigencia se prolongará hasta tanto los puestos de trabajo seas provistos en su totalidad en propiedad, mediante el sistema de

carrera administrativa o se ordene su desvinculación por las causas legal y jurisprudencialmente establecidas.

B) Ordenes subsidiarias:

Si no fuera posible nombrar en provisionalidad a la señora Olga Lucia Galván Lastre en los cargos actualmente vacantes en la Regional Sucre o a nivel nacional, o si existiere la posibilidad de nombrarla en uno de los cargos vacantes a nivel nacional y la actora no los aceptare, o que los cargos vacantes disponibles no tengan una remuneración igual o similar al del cargo que ocupaba la actora; de manera subsidiaria, se le ordena al Sistema Nacional de Aprendizaje — SENA, que nombre en provisionalidad a la actora en cualquiera de los cargos de Instructor No 01-20 que se encuentra ocupados en provisionalidad en la Regional Sucre, siempre que la actora cumpla con el perfil, calidades y los requisitos mínimos que exigen los mismos, y siempre que con ello no se afecte el siguiente orden de prelación de protección:

5. Empleados de carrera que tengan derecho a ser encargados en el cargo de Instructor No 01-20
6. Personas que sufran de alguna enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
7. Mujeres en estado de embarazo y/o lactancia
8. Otras mujeres o padres cabezas de familia.

La vinculación de la actora no puede implicar la desvinculación de otra madre o padre cabeza de familia que ocupe en provisionalidad los cargos de Instructor No 01-20 de la planta de personal del SENA Regional Sucre.

Si no fuera posible nombrar en provisionalidad a la actora en el cargo de Instructor No 01-20 que se encuentran ocupados en provisionalidad en la Regional Sucre, con las mismas limitaciones y condiciones señaladas en esta providencia, podrá nombrarse en provisionalidad en los demás cargos Instructor No. 01-20 que se encuentran en provisionalidad a nivel nacional o en cualquier otro cargo similar o equivalente vacante u ocupado en provisionalidad en la planta de personal del SENA en la regional Sucre o a nivel nacional.

La vigencia del nombramiento en provisionalidad que en este escenario judicial se le haga a la actora se prolongará hasta tanto los puestos de trabajo sean provistos en su totalidad en propiedad, mediante el sistema de carrera administrativa o se ordene su desvinculación por las causas legal y jurisprudencialmente establecidas.

Cuarto: Los nombramientos que en cumplimiento de este fallo de tutela se hagan, no podrá afectar la vinculación ni los derechos de carrera de la señora **Yineth Peña Maje**, ni el mérito de las

personas que actualmente integran y de las que a futuro integraran listas de elegibles para ocupar el cargo de Instructor No 01-20 de la planta de personal de la entidad accionada. Tampoco podrá afectar el derecho al encargo que les asiste a los demás empleados de carrera del SENA.

Quinto: De conformidad con el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, el amparo concedido en la presente acción de tutela es temporal y se extenderá hasta cuando la jurisdicción competente resuelva los mecanismos ordinarios de defensa judicial que la accionante deberá ejercer dentro del término máximo de cuatro (4) meses a partir de este fallo de tutela, so pena que cesen los efectos de esta providencia judicial”.

1.5. La impugnación⁶:

Inconforme con la anterior decisión, el SENA la impugnó, argumentando que la accionante, conociendo de su situación particular, pudo inscribirse y presentar las pruebas para ser incluida como elegible y así garantizar, mediante la demostración del mérito, la vinculación en un cargo público; sin embargo, no fue incluida en la lista de elegibles.

Resaltó, que la procedencia de la acción de tutela, en el presente caso, está desnaturalizando la vinculación con el Estado.

Concluyó, que no se probó perjuicio irremediable alguno, “ya que no hay material probatorio en el plenario que así lo indique, que una persona profesional, con un mínimo de experiencia en la entidad, de TRES (3) AÑOS, se encuentre en IMPOSIBILIDAD, de encontrar alternativas económicas que le permitan su sustento, por el solo hecho de ser madre soltera y cabeza de familia.”

2.- CONSIDERACIONES:

2.1.- Competencia: El Tribunal, es competente para conocer en **Segunda Instancia**, de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

⁶ Fls. 211 – 215.

2.2- Problema jurídico

Teniendo en cuenta los supuestos fácticos descritos, considera la Sala, que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben en determinar:

¿La acción de tutela, es procedente para solicitar la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante, quien aduce tener la calidad de madre cabeza de familia?

2.3- Análisis de la Sala.

2.3.1. Generalidades de la acción de tutela.

La tutela, es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991, para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas, en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política⁷.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los Jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona, la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus

⁷ "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión".

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"

derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Ahora, para la procedencia de la acción, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa, para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, siendo en todo caso, claro está, la existencia de una acción u omisión de la autoridad pública, la que pueda configurar la violación del derecho fundamental, cuyo amparo se pretende.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha reiterado:

“Este mecanismo privilegiado de protección, es sin embargo, residual y subsidiario. Ello significa que sólo es conducente cuando (1) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, - caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados -, o (2) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (i) o no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o (ii) la tutela es necesaria como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

De lo afirmado se desprende entonces, que por su propia finalidad, la acción de tutela está revestida de un carácter extraordinario, que presupone el respeto por las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como por sus propias acciones, procedimientos, instancias y recursos, a fin de que la acción constitucional no usurpe las competencias de otras autoridades jurisdiccionales.

En aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, establecer la idoneidad del mecanismo de protección alternativo supone en los términos del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que el otro medio de defensa judicial debe ser evaluado en concreto, es decir, teniendo en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela. Por esta razón, el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa” a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, y su habilidad para proteger los derechos invocados.

La jurisprudencia constitucional ha estimado necesario tomar en consideración para apreciar el medio de defensa alternativo,

entre otros aspectos, "(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela" y "(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales". Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el mecanismo judicial de protección alternativo es eficaz o no para la defensa de los derechos lesionados o amenazados. De ser ineficaz, la tutela será procedente. Si el mecanismo es idóneo para la protección de los derechos, se deberá acudir entonces al medio ordinario de protección, salvo que se solicite o se desprenda de la situación concreta, que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."⁸

2.3.2. Derecho al trabajo y Función Pública.

El derecho al trabajo, hace referencia a la posibilidad de participar libremente en las actividades de producción y de prestación de servicios a la sociedad y al disfrute de los beneficios obtenidos mediante estas actividades, lo cual, a su vez, se conecta con otros derechos fundamentales, entre ellos, el mínimo vital, en tanto el trabajo, busca garantizar un nivel de vida adecuado.

Por tal razón, el derecho al trabajo es el primero de los derechos reconocidos de forma específica en el Pacto por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, en su artículo 6 establece que el derecho a trabajar comprende: "el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido", norma conteste a su vez, con el art. 25 de la Constitución Política.

Acceso que a su vez es reglado, tanto en el ámbito público, como en el privado.

En efecto, el capítulo II, del Título V de la Constitución Política se titula "DE LA FUNCIÓN PÚBLICA" y dispone en sus artículos 122, 123 y 125, lo siguiente:

"ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter

⁸ Sentencia T-156 de 2010, M. P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

(...).”

“ARTÍCULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por 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 la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción (...).”

Valga la pena puntualizar, que el empleo público, como fundamento básico de la estructura de la función pública, es entendido al tenor del artículo 19 de la Ley 909 de 2004⁹, como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias

⁹ Por la cual se expidieron normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y gerencia pública.

requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

En desarrollo de las disposiciones constitucionales transcritas, la Ley 909 de 2004, en su artículo 1º, establece que los empleos que hacen parte de la función pública, son a saber: Empleos públicos de carrera; Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; Empleos de período fijo; y Empleos temporales.

En ese sentido, el artículo 5 de la misma normativa señaló, que los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley, son de carrera administrativa, con excepción de:

*“1.- Los de **elección popular**, los de **período fijo**, conforme a la Constitución Política y la ley, los de los **trabajadores oficiales** y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.*

*2.- Los de **libre nombramiento y remoción** que correspondan a uno de los siguientes criterios:*

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, según lo previsto en la misma norma.

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 ídem).

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto

en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera”

2.3.3. Madre cabeza de Familia: sujeto de especial protección constitucional.

Dentro de la codificación constitucional, varios son los artículos que exaltan y establecen la protección de la familia, como núcleo básico de la sociedad. Y, consiente el constituyente de las transformaciones sociales que se suscitan en los hogares, plasmó en la carta política, elementos integradores de esa protección, verbigracia, la concesión de la madre cabeza de familiar, como sujeto especial de salvaguardia.

En efecto, el artículo 5 dispone que *“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara la familiar como institución básica de la sociedad.”*

Por su parte, el inciso final del artículo 13 señala que *“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”*

Y, el artículo 43 establece:

“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”

En desarrollo de tales postulados constitucionales, el legislador, a través de la Ley 82 de 1993 expidió un catálogo normativo tendiente a apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia. Tal normatividad, fue modificada mediante Ley 1232 de 2008.

El artículo 2 del mentado régimen legal, define:

“Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar (...).”

A renglón seguido, el artículo 3 de dicha normativa, señala:

*“El Gobierno Nacional establecerá mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de familia, promoviendo el fortalecimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales, procurando establecer condiciones de vida dignas, promoviendo la equidad y la participación social con el propósito de ampliar la cobertura de atención en salud y salud sexual y reproductiva; el acceso a servicios de bienestar, de vivienda, de acceso a la educación básica, media y superior incrementando su cobertura, calidad y pertinencia; de acceso a la ciencia y la tecnología, a líneas especiales de crédito **y a trabajos dignos y estables.**”*

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional ha determinado dos presupuestos a partir de los cuales se manifiesta la condición de madre cabeza de familia:

“(i) la responsabilidad que se tiene sobre aquellas personas incapacitadas para trabajar por razones de edad, físicas o mentales, y cuyo sustento y cuidado dependen, por lo tanto, exclusivamente de la mujer que está encargada de la dirección del hogar, pues como lo ha sostenido esta Corporación, el trato especial que el ordenamiento jurídico ha previsto no solo está dado en función de la madre cabeza de familia, sino de las personas que están bajo su cuidado; y (ii) el carácter exclusivo de esa responsabilidad, en la medida en que no se cuente con el apoyo de alguna otra persona para sobrellevar las cargas en el

*hogar, pues la pareja se sustrae injustificadamente del cumplimiento de sus obligaciones y no se cuenta con la ayuda de algún otro miembro de la familia o, como lo ha manifestado la jurisprudencia, no se tenga alternativa económica”.*¹⁰

Ahora bien, en lo que concierne a la **procedencia de la acción de tutela, respecto de la protección de las madres cabeza de familia**, la misma jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional, ha enfatizado lo siguiente:

“Ahora, la acción de tutela, de acuerdo con su diseño constitucional, ha sido considerada como un mecanismo de defensa judicial, de carácter subsidiario y residual, en virtud del cual, es posible, a través de un procedimiento preferente y sumario, obtener el amparo inmediato de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos expresamente determinados por la ley.

El carácter subsidiario y residual, significa entonces, que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable. A este respecto, el artículo 86 de la Constitución Política señala expresamente que: “esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Así las cosas, los conflictos jurídicos en los que se alegue la vulneración de derechos fundamentales, en principio, deben ser resueltos a través de los distintos medios ordinarios de defensa previstos en la ley para estos efectos, y solo ante la ausencia de dichos mecanismos o cuando los mismos no resulten idóneos o eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es procedente acudir, de manera directa, a la acción de amparo constitucional.

*No obstante, conviene precisar que la idoneidad o eficacia de otras vías judiciales, debe ser analizada por el juez de tutela frente a la situación particular y concreta de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva del texto superior conllevaría la vulneración de derechos fundamentales, si con el ejercicio de dichos mecanismos no se logra la protección efectiva de los derechos conculcados.”*¹¹

¹⁰ Sentencia T- 629 del 15 de noviembre de 2016. M.P: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹ Ibídem.

2.3.4- Caso concreto.

En el *sub lite*, se vislumbra que la señora **OLGA LUCÍA GALVÁN LASTRE**, fue nombrada, en provisionalidad, en el empleo de Instructor G 12, en el Centro de la Innovación, la Tecnología y los Servicios del SENA-REGIONAL SUCRE. Tomó posesión el 10 de abril de 2015, como da cuenta el acta que milita a Fl. 31 del expediente.

También se evidencia, que la señora **GALVÁN LASTRE**, fue desvinculada, mediante Resolución N° 70-00033 de fecha 28 de enero de 2019, expedida por el Subdirector de Centro de la Innovación, la Tecnología y los Servicios del SENA, en la que se lee (Fls. 36 – 38):

“RESUELVE:

*Artículo 1°. **Nombrar en período de prueba dentro de la Carrera Administrativa, a la señora YINETH PEÑA MAJE... en el cargo identificado con OPEC 60037, denominado Instructor Grado 01-20, ubicado en el Centro de la Innovación, la Tecnología y los Servicios de la Regional Sucre, de la planta global del SENA.***

(...)

*Artículo 2°. **Como consecuencia del nombramiento ordenado en el artículo primero de la presente Resolución, el nombramiento provisional de la señora OLGA LUCIA GALVAN LASTRE,... quien desempeña el cargo OPEC 60037, denominado Instructor Grado 14, ubicado en el Centro de la Innovación, la Tecnología y los Servicios de la Regional Sucre, de la planta global del SENA, se da por terminado a partir de la fecha en la cual la señora YINETH PEÑA MAJE,... tome posesión.***”

Se destaca, además, el siguiente material probatorio:

- . Copia de registro civil de nacimiento de la joven María Lucía Pérez Galván (Fl. 46).

- . Copia de registro civil de defunción del señor Juan Carlos Pérez Martínez (FL. 45).

-. Extractos de historia clínica del señor Pablo José Galván Atencia (Fls. 52 – 57).

-. Actas de declaración juramentada ante la Notaría Segunda y Tercera del Círculo de Sincelejo, sobre la condición de la accionante como madre soltera, cabeza de hogar y la dependencia económica de su hija y padre a su cargo (Fls. 42 – 43 y 50).

-. Certificado de estudios de la joven María Lucía Pérez Galván (Fl. 49).

Pues bien, de conformidad con las anteriores piezas documentales, considera la Sala que la accionante sí reúne la condición fáctica y jurídica de Madre Cabeza de Familia, pues, tiene bajo su responsabilidad el sostenimiento integral de su núcleo familiar, conformado por su hija y padre (tiene 72 de años de edad y padece de *estenosis uretral*), sin que tenga una comunidad de vida permanente con alguna otra persona, que la pueda auxiliar lo suficiente para solventar los gastos que demanda el sustento de un hogar.

Sumado a ello, se vislumbra, a partir de las piezas documentales aportadas, que la accionante no tiene otros familiares que le proporcionen una asistencia sustancial, para ayudarle a sobrellevar esa obligación.

A partir de este convencimiento, encuentra la Sala que los derechos invocados por la accionante, pueden estar expuestos, por lo tanto, se torna procedente la acción de tutela, como mecanismo idóneo y eficaz para su posible protección, por ende, asiste razón a la primera instancia cuando decidió declarar la procedencia del amparo requerido, como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable.

Al respecto, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, ha enfatizado:

“En efecto, si bien el legislador ha previsto mecanismos judiciales para promover peticiones como esa (la acción ordinaria laboral o

la contencioso administrativa, según la vinculación jurídica), la acción de tutela deviene el medio eficaz de defensa en casos así, debido a la estrecha relación que guardan estos asuntos con el principio constitucional de no discriminación, y con los mandatos superiores de protección de sujetos vulnerables (CP arts. 13, 43 y 44). Así, frente a la terminación del vínculo del cual derivan su sustento y, en muchas ocasiones el de su familia, quienes pertenecen a estos grupos no encuentran otro mecanismo distinto a la tutela que tenga el grado adecuado de celeridad y de integralidad para solicitar por su conducto la protección de sus derechos a la estabilidad laboral, al mínimo vital y a la seguridad social.”¹²

Ahora bien, con relación a la protección de los derechos fundamentales y las órdenes dispuestas para tal efecto, la Sala hará las siguientes precisiones:

a. La accionante, desde el principio de su vinculación conocía el tipo de su nombramiento, es decir, en provisionalidad y pese a ello, no demostró haber ganado el concurso de méritos.

b. La vinculación de la accionante, fue en **provisionalidad**, por lo tanto, en modo alguno puede suponer la invocación de madre cabeza de familia, para *i)* desmejorar o reemplazar a personas que ganaron el concurso de méritos y *ii)* pretender derechos de estabilidad indefinida, en igualdad de condiciones a empleados que gozan derechos de carrera administrativa.

c. La acción de tutela, no puede ser desnaturalizada y reducida a un instrumento de vinculación dentro de la FUNCIÓN PÚBLICA. Solo puede proceder y de forma excepcional, para amparar derechos fundamentales, sin que se desarticule el sistema de contratación y vinculación laboral, legal y reglamentaria con el Estado.

d. En virtud de los parámetros jurisprudenciales de la Honorable Corte Constitucional y de conformidad con el material probatorio en el expediente, la Sala no encontró demostrada acciones eficientes y reales para **proteger a la accionante jurídica y materialmente en su condición de madre cabeza de familia**, frente a la inminente desvinculación que

¹² Sentencia T-992 del 23 de noviembre de 2012. M.P: Dr. María Victoria Calle Correa.

padecería, máxime sí la entidad informó sobre la existencia de varios cargos de Instructor Grado 1 – 20, que siguen estando ocupados en provisionalidad (Fls. 180 – 183).

Frente a ello, sí procede el amparo de la estabilidad laboral reforzada, como bien lo dispuso el *A quo*, pero, condicionada a la previa actuación administrativa del SENA de llevar a cabo el análisis de procedencia de tratamiento preferencial de la señora OLGA LUCIA GALVÁN LASTRE, para seguir vinculada con la entidad. Posición que se halla conteste con lo señalado en la Sentencia SU – 691 de 2017¹³, cuando dijo:

“2. Sin embargo, cuando el servidor que debe ser desvinculado ostenta la calidad de mujer cabeza de familia, la entidad deberá tener en cuenta dos situaciones antes de proceder a la desvinculación:

2.1. Si cuenta con un margen de maniobra, reflejado en vacantes, para la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público cabeza de familia.

2.2. Si no cuenta con margen de maniobra, la entidad debe generar los medios que permitan proteger a las madres cabeza de familia, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera”.

En consecuencia, **antes de proceder a un posible nombramiento de la accionante, el SENA deberá adelantar el estudio de prelación de las posibles vacantes del empleo Instructor Grado 1 – 20, con el fin de emitir acto administrativo, debidamente motivado, sobre la nueva vinculación o imposibilidad material y jurídica para nombrarla, procedimiento que en todo caso, no deberá sobrepasar, en su trámite, el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación del presente fallo.**

De ahí que la Sala, se incline por adicionar a las órdenes dictadas en primera instancia, el cumplimiento de dicho condicionamiento.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia del 23 de noviembre de 2017.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia adiada 14 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el entendido que **antes de proceder a un posible nombramiento de la accionante, el SENA deberá adelantar el estudio de prelación de las posibles vacantes del empleo Instructor Grado 1 – 20, con el fin de emitir acto administrativo, debidamente motivado, sobre la nueva vinculación o imposibilidad material y jurídica para nombrarla, procedimiento que en todo caso, no deberá sobrepasar, en su trámite, el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación del presente fallo.**

CONFIRMAR en lo restante el fallo impugnado.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De manera oficiosa, por Secretaría de este Tribunal, envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0085/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA