

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá D.C, veinte (20) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Consejero Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 11001-03-15-000-2022-03821-01
Demandante: ROSA MARÍA VARELA CABALLERO
Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y OTROS
Medio de control: ACCIÓN DE TUTELA
Asunto: TUTELA CONTRA AUTORIDAD PÚBLICA. PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. SE ACCEDE AL AMPARO Y SE ORDENA QUE SE DICTEN LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA PROCURAR QUE MIENTRAS PERSISTA LA SITUACIÓN LA ACTORA SEA LA ÚLTIMA EN SER DESVINCULADA.

Síntesis del caso: la actora alegó que se vulneraron sus derechos fundamentales con ocasión del acto administrativo que publicó la lista de elegibles para ocupar el cargo que ella ostenta en provisionalidad. El a quo declaró improcedente la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. La Sala encontró que la demandante es un sujeto de especial protección constitucional, situación que amerita acceder a las pretensiones de la tutela para ordenar a la autoridad judicial demandada que, en el evento de existir o presentarse vacantes disponibles al momento de la notificación de esta providencia, o en caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad, garantice la protección de la actora en su condición de madre cabeza de familia y le dé preferencia a su nombramiento en caso de que no exista alguien con mejor derecho.

La Sala decide la impugnación interpuesta por la señora Rosa María Varela Caballero en contra de la sentencia de 26 de agosto de 2022 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la que se decidió:

“PRIMERO.- NO ACCEDER a la solicitud de desvinculación propuesta por el Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO.- DECLARAR improcedente el amparo solicitado por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia (...).” (mayúsculas negrillas del original – archivo disponible en medio magnético en el aplicativo SAMAI).

II. ANTECEDENTES

1. Los hechos de la demanda

Mediante escrito del 8 de julio de 2022 interpuesto ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta y luego remitido a esta Corporación la señora Rosa María Varela Caballero presentó proceso de acción de tutela en contra del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, el director Seccional de Administración Judicial de Santa Marta y el titular del Juzgado Promiscuo Municipal del Circuito Judicial de Guamal, con el fin de que se protegieran los derechos constitucionales fundamentales del trabajo, seguridad social, mínimo vital e igualdad presuntamente vulnerados con ocasión del acto administrativo que publicó la lista de elegibles para ocupar el cargo de citador III grado 00 en ese despacho.

Como fundamento fáctico de la acción la parte demandante, señaló, en síntesis, lo siguiente:

- 1) La señora Rosa María Varela Caballero se vinculó a la Rama Judicial desde el 22 de julio de 1997 y actualmente ocupa, en provisionalidad, el cargo de citador III grado 00 en el Juzgado Promiscuo Municipal del Circuito Judicial de Guamal.
- 2) Es un sujeto de especial protección constitucional como madre cabeza de familia que no tiene ingresos adicionales a su salario que le permitan solventar las necesidades prioritarias de sus hijos de 20 y 16 años quienes, por estudiar en la universidad y el bachillerato, respectivamente, dependen exclusivamente de ella.
- 3) El Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, acorde con lo establecido en el Acuerdo No. CSJMMA17-206 del 6 de octubre de 2017, adelantó el proceso de selección y convocó a concurso de méritos para la conformación del Registro Seccional de Elegibles para la provisión de los cargos de carrera de Tribunales, Juzgados y Centro de servicios en el Distrito Judicial de Santa Marta y Distrito Administrativo del Magdalena.
- 4) Posteriormente, mediante Acuerdo CSJMAA22-59 de 15 de junio de 2022 se formuló la lista de elegibles en orden descendente del puntaje total, destinada

exclusivamente a la provisión del cargo de citador III grado 00 del Juzgado Promiscuo Municipal de Guamal, la cual se notificó a ese despacho judicial el 22 de junio de 2022.

5) Con memorial de 16 de junio de 2022 la actora puso de presente ante el Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena su condición de madre cabeza de familia y a través de Oficio no. CSJMAOP22-301 de 30 de junio de 2022, la presidencia de esa autoridad le respondió e informó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 131 numeral 8 de la Ley 270 de 1996, es el juez nominador quien tiene la facultad para determinar si ella goza de estabilidad laboral reforzada por sus condiciones particulares.

2. Los fundamentos de la vulneración

Para la parte demandante la lista de elegibles y el oficio emitido por la presidencia del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena vulneró sus derechos fundamentales porque desconoció que el salario devengado como trabajadora de la Rama Judicial es su única fuente de ingresos, no tiene otra renta para pagar un crédito adquirido con el Banco de Occidente ni sufragar su propia subsistencia y la de sus dos hijos.

El padre de sus hijos no tiene un empleo que le permita solventar los gastos que requiere su núcleo familiar, por lo cual, perder su empleo en virtud del nombramiento de la persona que ocupa el primer lugar en la lista de elegibles le causará un perjuicio irremediable que afectará ostensiblemente el futuro y estabilidad de sus hijos, privándoles la posibilidad de continuar con sus estudios y de continuar afiliados en el sistema general de seguridad social en salud.

Está próxima a cumplir 52 años y el mercado laboral es muy limitado debido a su edad, cuenta con más de 1200 semanas cotizadas a Colpensiones y tiene derecho al reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada.

Reconoció que si bien goza de una estabilidad laboral relativa por cuanto ocupa un cargo en provisionalidad, debido a su condición de madre cabeza de familia y a los

precedentes constitucionales sobre la materia que la protegen, las autoridades judiciales deben amparar sus derechos fundamentales.

3. Pretensiones

Con fundamento en lo anterior la parte demandante solicitó que se acceda a las siguientes súplicas:

“1. Tutelar los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, derecho a la igualdad y especial protección como madre cabeza de familia.

2. ORDENAR AL JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE GUAMAL – MAGDALENA, LA DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y SALA ADMINISTRATIVA CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DEL MAGDALENA, que en aplicación del trato preferencial mantener vigente mi vinculación laboral en la rama Judicial, frente al cargo de Citadora en provisionalidad del Juzgado Promiscuo Municipal de Guamal Magdalena, u otro similar vacante, por lo menos hasta tanto defina mi trámite pensional que permita asegurar mi mínimo vital y el de mis hijos.”. (mayúsculas del archivo original - archivo disponible en medio magnético en el aplicativo SAMAI).

4. Actuación en primer grado

La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado por auto de 18 de julio de 2022 admitió la acción de tutela y notificó al presidente del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, al director Seccional de Administración Judicial de Santa Marta y al titular del Juzgado Promiscuo Municipal del Circuito Judicial de Guamal con el fin de que presentaran un informe sobre los hechos que dieron lugar a la presente acción.

Adicionalmente, negó la solicitud de medida provisional que presentó la actora para que se ordenara al Juez Promiscuo Municipal de Guamal que se abstuviera de proferir una resolución de nombramiento de la persona que ocupó el primer puesto en la lista de elegibles porque ello implicaba realizar un análisis de fondo de la situación expuesta en la demanda para determinar si, en efecto, se vulneraron derechos constitucionales fundamentales.

5. Actuación de las autoridades públicas demandadas

El *presidente del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena* solicitó que se declarara improcedente el amparo constitucional con respecto a dicha corporación porque carece de competencia para dar cumplimiento a las pretensiones de la demanda y no tiene responsabilidad en los hechos alegados por la actora.

Esa autoridad obró acorde con las funciones asignadas en el artículo 101 de la Ley 270 de 1996 y por ello realizó el concurso y remitió la lista de elegibles constituida mediante el acuerdo CSJMAA22-59 de 15 de junio de 2022.

Es competencia del juzgado nominador determinar si la señora Varela Caballero goza de la estabilidad laboral reforzada que alega, tal como lo dispone el artículo 131 de la referida Ley 270 de 1996.

La *Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Santa Marta* pidió declarar improcedente la acción por no ser el mecanismo judicial idóneo para controvertir las irregularidades acontecidas durante el trámite de un concurso de méritos cuando en este se conformó la lista de elegibles, pues para ello debe acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

El titular del *Juzgado Promiscuo de Guamal* guardó silencio.

6. Sentencia de primera instancia

El 26 de agosto de 2022 la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió sentencia en la que declaró improcedentes las pretensiones de la acción de tutela.

El *a quo* consideró que la demanda no superó el requisito de subsidiariedad porque la actora no agotó los mecanismos judiciales ordinarios, idóneos y eficaces como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Los argumentos de la demandante no son suficientes para que la tutela sea el

instrumento apropiado para proteger sus derechos constitucionales fundamentales pues en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho puede solicitar, como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo.

No se acreditó la configuración de un perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez constitucional como mecanismo transitorio pues si bien se afirmó que con el referido acto administrativo se causó un perjuicio irremediable lo cierto es que no se aportó resolución, acta o decreto que dé cuenta de su efectiva desvinculación del cargo que ostenta en el despacho nominador, así como tampoco prueba alguna de que actualmente no esté vinculada en ese despacho.

A la fecha, la demandante se encuentra como cotizante activa en la Nueva EPS, lo cual demuestra que no se configuró en modo alguno el perjuicio irremediable alegado.

El cargo que desempeña la actora en el Juzgado Promiscuo de Guamal es en provisionalidad, de modo que, por su naturaleza, es de carácter excepcional y transitorio y esa vinculación tiene como fin atender las necesidades del servicio y garantizar la correcta administración de justicia mientras se realizan los procedimientos respectivos para cubrir dichas vacantes.

7. Impugnación

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo jurídico ideal para ventilar sus pretensiones dada la inminencia y gravedad del amparo solicitado en el proceso de acción de tutela.

La lista de elegibles para proveer el cargo de citador fue remitida el 22 de junio de 2022 y se encontraba en trámite el nombramiento de la persona que ocupaba el primer lugar en la lista de elegibles.

En lo demás, reiteró las razones por las cuales consideró que se presentó un perjuicio irremediable que torna procedente el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) finalidad de la acción de tutela, 2) hechos probados en el proceso de tutela, 3) análisis de los requisitos de procedibilidad y 4) el caso concreto.

1. Finalidad de la acción de tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, disposiciones estas que regulan la acción de tutela, tal mecanismo se ejerce mediante un procedimiento preferente y sumario cuyo objeto es proteger de manera inmediata y eficaz, los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.

Sin embargo, este mecanismo no puede ser utilizado válidamente para pretender sustituir los recursos idóneos previstos por el legislador y tampoco para desplazar o variar los procedimientos de reclamo judicial preestablecidos o para revivir con ella términos precluidos o acciones caducadas.

De igual forma, dichas normas establecen la improcedencia de esta acción cuando exista otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable sobre uno o varios derechos constitucionales fundamentales del demandante.

2. Hechos probados en el proceso de acción de tutela

Previo a analizar si la acción de tutela cumplió con los requisitos de procedibilidad, en particular el requisito de subsidiariedad que el *a quo* no encontró satisfecho, la Sala estima pertinente presentar una relación de los hechos relevantes probados en este proceso.

1) La señora Rosa María Varela Caballero nació el 17 de julio de 1971 y actualmente tiene 51 años.

2) Según constancias expedidas por la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta la actora está vinculada a la Rama Judicial desde el 22 de julio de 1997 y para el 22 de junio de 2022 desempeñaba el cargo de citador III grado 00 en el Juzgado Promiscuo Municipal de Guamal.

3) De acuerdo con los Registros Civiles de Nacimiento de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la señora Rosa María Varela Caballero es madre de ASBV¹ y Óscar David Barrios Varela, los cuales dependen económicamente de ella².

5) Actualmente el joven Óscar David Barrios Varela cursa el programa de derecho en la Universidad del Magdalena, como consta en el certificado de 28 de junio de 2022 expedido por esa institución.

6) A su vez, durante el año 2022 su hija menor cursa estudios de bachillerato, según constancia proferida por una institución educativa departamental.

7) La actora puso en conocimiento del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena su condición de madre cabeza de familia *“que vela por los derechos y estabilidad económica de mi hogar y de mis hijos (...) en mi hogar la única fuente de ingresos soy yo (...) cuento con 1288 semanas cotizadas en Colpensiones (...)”*, y con fundamento en ello solicitó a esa autoridad que tome en consideración su condición y mantenga vigente su vinculación hasta tanto se defina su trámite pensional³.

8) Como respuesta a ese requerimiento, el presidente del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena expidió el oficio no. CSJMAOP22-301 de 30 de junio de 2022, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo PSAA08-4856 de 10 de junio de 2008, *“por medio del cual se reglamenta el parágrafo del artículo 165 y el inciso 2º del artículo 167 de la Ley 270 de 1996.”*, según el cual corresponde a los nominadores la facultad de analizar las condiciones para efectos de determinar si

¹ Por tratarse de una menor la Sala se relevará de mencionar el nombre de la menor para salvaguardar la intimidad de la víctima y su familia.

² Pues así se afirmó en la demanda y dicha situación no fue controvertida por las demandadas y, además, ello consta en la Declaración Extraproceso no. 114 de 22 de junio de 2022 rendida ante la Notaría Única del Círculo de Guamal

³ Oficio del 16 de junio de 2022.

los servidores judiciales están dentro de las protecciones establecidas para que proceda la estabilidad laboral reforzada.

9) La demandante aportó una copia del estado de cuenta de un crédito por libranza que adeuda en el Banco de Occidente y que debe pagar mensualmente.

3. Análisis de los requisitos de procedibilidad

En atención a los hechos previamente probados, la Sala no comparte la conclusión a la que arribó el *a quo*, según la cual el proceso de acción de tutela no superó el requisito de subsidiariedad por la posibilidad con que cuenta la actora de someter sus pretensiones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior, en atención a que dicho mecanismo no es un medio eficaz para solicitar lo aquí pretendido, principalmente por las condiciones especiales de la demandante y de su núcleo familiar declaradas dentro del proceso, que hacen que el mecanismo ordinario de defensa judicial sea ineficaz.

De acuerdo con las pruebas antes enlistadas la demandante es un sujeto de especial protección constitucional de acuerdo con el inciso 2 del artículo 43 de la Constitución Política de Colombia⁴ y las pautas desarrolladas por la jurisprudencia constitucional sobre la materia⁵ por las siguientes razones:

i) Tiene a su cargo la responsabilidad de un hijo menor y otro dependiente por tener 21 años y estar estudiando.

ii) Declaró asumir de manera permanente la responsabilidad exclusiva en la jefatura del hogar.

⁴ Artículo 43. 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 este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada // El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005.

iii) El padre de los menores no cuenta con un trabajo estable, lo cual implica una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia y significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Las anteriores circunstancias conllevan a que la actora requiere una respuesta judicial en la que se decida de fondo la controversia por ella planteada.

En este sentido la Corte Constitucional en la sentencia T-151 de 2006⁶ señaló:

“(...) en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”

Superado el requisito de procedibilidad, la Sala advierte que el presupuesto de la inmediatez también se encuentra superado, pues la demandante invocó la vulneración de sus derechos fundamentales constitucionales debido al inminente nombramiento de las personas que se encuentran la lista de elegibles para proveer el cargo de citador grado III del Juzgado Promiscuo Municipal de Guamal, prevista en el Acuerdo CSJMAA22-49 y publicado el 15 de junio de 2022, por lo que como el proceso de acción de tutela se presentó ante el *a quo* el 8 de julio del presente año, la Sala estima como razonable el término en el que se acudió a este mecanismo constitucional.

Finalmente, la actora está legitimada por activa en la causa para reclamar por esta vía la afrenta de los derechos pues es la titular de los mismos y, por otra parte, el Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, el director Seccional de Administración Judicial de Santa Marta y el titular del Juzgado Promiscuo Municipal del Circuito Judicial de Guamal son las autoridades legitimadas por pasiva para responder por las pretensiones del proceso de acción de tutela.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-151 de 27 de febrero de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil, referencia expediente T-1242750.

4. El caso concreto

En el caso de la referencia se demandaron por esta vía constitucional las actuaciones del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, el director seccional de Administración Judicial de Santa Marta y el titular del Juzgado Promiscuo Municipal del Circuito Judicial de Guamal con el fin de que se protejan los derechos constitucionales fundamentales del trabajo, seguridad social, mínimo vital e igualdad, presuntamente vulnerados con ocasión del Acuerdo CSJMAA22-59 de 15 de junio de 2022 que formuló la lista de elegibles para proveer el cargo de citador grado III del Juzgado Promiscuo Municipal de Guamal que la actora ocupa en provisionalidad y el oficio no. CSJMAOP22-301 de 30 de junio de 2022 que negó la reclamada permanencia de la actora en ese cargo hasta tanto obtenga los requisitos necesarios para acceder a una pensión de jubilación.

En los términos que fue propuesta la controversia la Sala accederá al amparo por las razones que procederán a exponerse:

1) De conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito como instrumento óptimo para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y que constituye uno de los ejes definitorios de la Carta Magna, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 superior.

2) La Ley 270 de 1996, reformada por la Ley 1258 de 2009 estableció que la carrera judicial se funda en el carácter profesional de los servidores, la eficacia de su gestión, la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función pública y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y promoción en el servicio.

4) El artículo 160 ibidem señaló los requisitos exigidos para ocupar cargos en la carrera judicial, entre ellos el concurso de méritos que permite a aquellos que lo superen formar parte del correspondiente registro de elegibles de los cargos para los que concursaron.

5) Una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, los aspirantes que obtienen el primer puesto adquieren el derecho a ocupar el cargo y la conformación de la lista de elegibles obliga a los nominadores a seleccionar a los mejores concursantes en un término perentorio de 15 días de acuerdo con el artículo 133 de la mencionada Ley 270 de 1996.

6) En atención a las particularidades del caso concreto la Sala destaca que el artículo 43 de la Constitución Política dispuso que es una obligación estatal apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia y en su jurisprudencia, la Corte Constitucional interpretó esa protección a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada para velar por la igualdad real y efectiva de un grupo tradicionalmente discriminado y proteger a personas en circunstancias de debilidad manifiesta⁷.

7) Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la estabilidad laboral reforzada de una madre cabeza de familia no es absoluta sino relativa o intermedia, en la medida en que sí pueden ser desvinculadas de la planta de personal de autoridades públicas en aquellos casos en que exista una causa justa para su desvinculación como lo es el hecho de proveer su cargo a través del concurso de méritos.

8) Esa estabilidad relativa se traduce en que el acto administrativo por el cual se efectúa su desvinculación debe contener las razones de la decisión como expresión de la garantía del debido proceso y del principio de publicidad⁸.

9) Ahora bien, pese a que los servidores públicos designados en provisionalidad cuentan con una estabilidad relativa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional precisó que hay medidas que deben adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad como lo es el caso de las madres cabeza de familia.

10) En este sentido la Corte Constitucional en la sentencia T-373-2017, señaló:

“Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-795 de 2009.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-326 de 2014, MP María Victoria Calle Correa.

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. Ello en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP). (...)

(...) Sin embargo, 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. “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, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”.

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 íbidem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.”. (Negrillas de la Sala)

11) De igual manera, para el caso específico de terminación de nombramientos provisionales en cargos que ocupan madres cabeza de familia, en Sentencia SU-691 de 2017 se indicó que:

“Ahora bien, en tercer lugar, cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2º del artículo 43 de la CP), como lo son las madres cabeza de familia que cumplen con los presupuestos establecidos en la sentencia SU-388 de 2005, puede llegar a reconocérseles la garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del retiro del servicio, dado que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo, desconozca principios superiores como el mérito que funda el sistema de carrera o que la proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra. De esta manera, la garantía constitucional se sustenta en las siguientes hipótesis:

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

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.”. (Negrillas de la Sala)

12) De acuerdo con el criterio jurisprudencial expuesto, la estabilidad de la que gozan los servidores públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, que se encuentran en las situaciones de vulnerabilidad especificadas por la Corte Constitucional, entre quienes se encuentran las madres cabeza de familia, no es absoluta y el ejercicio de la potestad para su desvinculación se materializa en medidas de acción afirmativas, tendientes a que sean los últimos servidores en ser desligados de la administración y que, en la medida de lo posible, sean de nuevo vinculados en un cargo similar o equivalente a aquel que venían ocupando, siempre

y cuando exista la vacante y se demuestren las anteriores condiciones tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.

13) En efecto, en la sentencia T-373 de 2017 la Corte Constitucional consideró lo siguiente:

“Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante.”.

14) En los términos expuestos, la Sala advierte que solo se materializa una real garantía en favor de la madre cabeza de familia en tanto sujeto de especial protección constitucional cuando el nominador, consciente de esa condición, toma las medidas afirmativas pertinentes, necesarias y suficientes para que, en caso de existir vacantes y tener margen de maniobra, logre reubicar a la empleada que goza de dicha estabilidad laboral, como lo ordenó en una muy reciente decisión esta Corporación en un caso similar al aquí analizado⁹.

15) No obstante, pese a ello en este caso no hay pruebas de que así se haya procedido, por cuanto el nominador no contestó la acción de tutela ni aportó pruebas que permitieran considerar que sí adoptó las medidas pertinentes para conjurar la amenaza que se ciñe sobre la actora ante el inminente nombramiento del empleado que superó el concurso de méritos y se encuentra en el registro de elegibles.

16) Así las cosas, la Sala considera que en este caso debe ordenarse la protección constitucional de esa amenaza pero, con la aclaración de que esta únicamente tendrá lugar en el evento de que existan o se presenten vacantes al momento de la notificación de esta providencia o que, en caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad, se nombre a la señora Rosa María Varela Caballero en un cargo igual o equivalente al que ocupaba, siempre y cuando persistan las condiciones para

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de julio de 2022. exp. 08001-23-33-000-2022-00046-01 (AC), CP Gabriel Valbuena Hernández.

considerar que tiene la condición de madre cabeza de familia y que no haya ningún otro empleado con mejor derecho.

17) Lo anterior, por cuanto en asuntos como el de la referencia no es posible ordenarle al nominador que le dé prevalencia a los derechos de la actora sobre los del empleado que se encuentra en lista de elegibles, pues, primero, la garantía de la estabilidad laboral de las madres cabezas de familia no es absoluta ni le confiere la posibilidad de permanecer indefinidamente en el cargo y, segundo, una decisión en ese sentido conllevaría la vulneración de los derechos fundamentales de la persona que superó el concurso de méritos e implicaría desconocer la jurisprudencia y las normas en la materia que han reconocido a la carrera administrativa como el mecanismo para la provisión de cargos públicos.

18) Como corolario de todo lo expuesto, esta Sala de decisión deberá revocar la decisión proferida por el *a quo*, quien declaró la improcedencia de la acción de tutela y, en su lugar, se accederá al amparo de los derechos constitucionales fundamentales del trabajo, seguridad social y mínimo vital de la actora, por lo que corresponderá al Juez Promiscuo Municipal de Guamal, en el evento de existir o presentarse vacantes disponibles al momento de la notificación de esta providencia, o en caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad, nombrar a la señora Rosa María Varela Caballero, dada su condición de madre cabeza de familia, únicamente en caso de que persistan las condiciones para considerar que mantiene esa calidad y que no haya un empleado con mejor derecho.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

Revócase la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En su lugar se dispone:

1º) Ampáranse los derechos constitucionales fundamentales a la seguridad social, trabajo y mínimo vital de la señora Rosa María Varela Caballero, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, **ordénase** al titular del Juzgado Promiscuo Municipal del Circuito Judicial de Guamal que, en el evento de existir o presentarse vacantes disponibles al momento de la notificación de esta providencia, o en caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad, **nombre** a la señora Rosa María Varela Caballero en un cargo igual o equivalente al de citador III grado 00 que ocupaba en ese despacho judicial, para lo cual, previo al nombramiento, la demandante **deberá** acreditar que persisten las condiciones para declararla madre cabeza de familia y con la advertencia de que el nombramiento procederá **únicamente** en caso de que existan vacantes disponibles para tal cargo en ese despacho, esto es, que no se encuentren ocupadas por servidores de carrera judicial o con mejor derecho.

2º) Notifíquese esta decisión personalmente a las partes e intervinientes o por el medio que resulte más expedito y eficaz.

3º) Comuníquesele este fallo a la Sala que resolvió la controversia en primera instancia y **remítasele** copia del mismo.

4º) Ejecutoriada esta providencia **remítase** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, con las respectivas anotaciones secretariales previas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 de la Ley 2213 de 2022.