

## **Sentencia SU691/17**

**ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA FRENTE A NOMBRAMIENTO DEL CONCURSO EN LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**-No es absoluta

**PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA**-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo

**ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR REINTEGRO A CARGOS PUBLICOS**-Improcedencia general

*La acción de tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro a un cargo público, pues para ello existen otras vías idóneas y oportunas como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, excepcionalmente cuando el empleo no es de libre nombramiento y remoción, la acción de tutela es procedente cuando, del análisis de cada situación concreta, se concluya que los otros medios de defensa carecen de idoneidad o eficacia.*

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO COMO MECANISMO IDONEO Y EFICAZ PARA SOLICITAR LA NULIDAD DE UN ACTO DE DESVINCULACION DE UN SERVIDOR PUBLICO**-Reiteración de jurisprudencia

**MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**-Ley 1437 de 2011

*El Capítulo XI de la Ley 1437 de 2011 reguló, entre los artículos 229 y 241, las medidas cautelares que podrán ser concedidas en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Para su procedencia se estableció que la solicitud debe encontrarse debidamente sustentada y presentada en cualquier estado del proceso. Lo anterior significó un cambio importante respecto del Código Contencioso Administrativo, el que limitaba la solicitud de medidas cautelares a la presentación de la demanda, lo que limitaba, efectivamente su eficacia, en particular, frente a nuevos eventos que ameritaran la cautela. Prescribió además que el juez o magistrado ponente podrían decretarlas si las considera necesarias con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En todo caso, por disposición legal expresa, dispuso el Código que la decisión sobre la medida cautelar no implicaría prejuzgamiento, con el fin de dar libertad al juez en la adopción de esta decisión.*

**MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**-Medidas preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión provisional, según ley 1437/11

*En el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, se determinó que dichas medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, por lo que se podría decretar una o varias de ellas.*

**MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**-Requisitos para decretar las medidas cautelares

*La medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se encuentra regulada en el artículo 231, en el cual se contempló para su procedencia la comprobación de una contradicción entre el acto demandado y una norma superior a partir de la evidencia o del estudio de las pruebas allegadas a la solicitud. Para las otras medidas cautelares, el mismo artículo establece que su decreto será procedente cuando concurren los siguientes requisitos: (i) la demanda presentada debe estar razonablemente fundada en derecho; (ii) el demandante debe demostrar, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; (iii) el demandante debe haber allegado los documentos, argumentos y la justificación que permita concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y (iv) se debe demostrar que al no otorgarse la medida se causaría un perjuicio irremediable o en su defecto, que existen serios motivos para considerar que de no hacerlo los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

**MEDIDAS CAUTELARES ORDINARIAS Y MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**-Oportunidad para decretarlas

**MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**-Medios preliminares dotados de eficacia inmediata para la protección de los derechos fundamentales

**PERJUICIO IRREMEDIABLE**-Características

**DERECHO FUNDAMENTAL AL MINIMO VITAL**-Reiteración de jurisprudencia

*Reiterando lo dispuesto en la sentencia T-199 de 2016, el mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como “un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna”.*

**ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DESVINCULAN A SERVIDORES PUBLICOS DE SUS CARGOS**-Procedencia excepcional

Los servidores públicos retirados de su cargo, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. Lo anterior, por cuanto en cumplimiento del requisito de subsidiariedad, los empleados que pretendan se deje sin efectos el acto administrativo de desvinculación deben acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, antes que a la acción de tutela. Sin perjuicio de lo expuesto, acorde con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, pese a la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial, la acción de tutela puede ser procedente como mecanismo definitivo si el otro mecanismo judicial no es idóneo y/o eficaz para el caso concreto, o como mecanismo transitorio cuando sea necesaria la actuación del juez de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

**ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR REINTEGRO A CARGOS PUBLICOS**-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial y no acreditar perjuicio irremediable

Las acciones de tutela presentadas por Gloria Inés Gómez Ramírez, Luis Hernando Ortiz Valero, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Lida Janeth Pinto Barón, Carlos Arturo Serpa Uribe, Rodrigo Rodríguez Barragán, Irma Susana Rueda Suarez, Carmen Remedios Frías Arismedy y Claudia Ledesma Ibarra, son improcedentes considerando que los accionantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz donde ventilar las pretensiones aquí planteadas y no se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad que haga necesaria la actuación del juez de tutela con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Lo anterior teniendo en cuenta que (i) cuentan con otras fuentes económicas diferentes a las de su salario con las cuales sufragar sus gastos mensuales y protegiendo con ello su mínimo vital; (ii) ejercen una profesión liberal con amplia experiencia laboral, lo cual les permite contar con diferentes modelos de vinculación; (iii) no demostraron limitación física para el ejercicio de sus funciones; y (iv) los cargos en provisionalidad siempre están sujetos a la eventualidad del concurso, razón por la cual no generan estabilidad en el empleo.

**REGIMEN ESPECIAL DE CARRERA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**-Cargos de Procurador Judicial son empleos de carrera administrativa especial, según sentencia C-101/13

**DEBER DE MOTIVACION DE ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA**-Reiteración de jurisprudencia

**MADRE CABEZA DE FAMILIA COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL**-Reiteración de jurisprudencia

**ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACION DE MADRE CABEZA DE FAMILIA DE SU CARGO**-Procedencia excepcional

A juicio de la Sala Plena, el inciso 2º del artículo 43 de la Constitución Política de Colombia otorga a las mujeres cabeza de familia una protección especial de parte del Estado. Así las cosas, ante el riesgo evidenciado de materialización de un perjuicio irremediable para el mínimo vital de la accionante y de sus hijos y, en razón de la satisfacción de las condiciones previstas en la SU-388 de 2005 para la protección de las madres cabezas de familia, se exime a la accionante de acudir a los mecanismos judiciales ordinarios para la tutela de sus derechos. En este sentido, la Corte considera que la protección constitucional a las madres cabeza de familia que demuestren el cumplimiento de los requisitos dispuestos en la SU-388 de 2005 torna ineficaz el mecanismo judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De esta manera, a diferencia de los casos declarados improcedentes, la señora Ortigón Pinzón demostró que no cuenta con ingresos diferentes a su salario para suplir los gastos mensuales que implican su condición de madre cabeza de familia, circunstancia que hace procedente la acción de tutela presentada por la señora Diana Ortigón Pinzón como mecanismo definitivo.

**MADRE CABEZA DE FAMILIA**-Presupuestos jurisprudenciales para que una mujer sea considerada como tal

La Corte ha dispuesto que para acreditar la condición de madre cabeza de familia: (i) es indispensable el total abandono del hogar por parte de la pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre; (ii) el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia. Ahora bien, (iii) la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, no es una prueba necesaria para acreditar la condición de cabeza de familia, pues dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto.

**Madre cabeza de familia**-Protección a través de la estabilidad laboral reforzada

El mandato constitucional consagrado en el inciso 2 del artículo 43 de la Constitución fundamenta, para las mujeres cabeza de familia, una protección constitucional a través de la estabilidad laboral reforzada, en aplicación directa de la Constitución. Así las cosas, ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de servidores públicos nombrados en provisionalidad, cuando esté demostrada la desvinculación de una madre que acredite ser cabeza de familia (SU-388 de 2005) y que dicha desvinculación afecta su derecho y el de sus hijos al mínimo vital, el juez de tutela, en principio, debe garantizar la protección constitucional.

**ESTABILIDAD LABORAL DE MADRE CABEZA DE FAMILIA**-No es absoluto

**MERITO**-Criterio rector de acceso a la función pública

**CONCURSO PUBLICO**-Mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito

**DESVINCULACION DE SERVIDORES PUBLICOS PROVISIONALES CON ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA CON OCASION DE CONCURSO DE MERITOS**-Reiteración de jurisprudencia

## **DESVINCULACION DE SERVIDORES PUBLICOS PROVISIONALES CON OCASION DE CONCURSO DE MERITOS**-Situaciones que deben ser tenidas en cuenta cuando servidor ostenta la calidad de mujer cabeza de familia

*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: 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. 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.*

**ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACION DE MADRE CABEZA DE FAMILIA CON OCASION DE CONCURSO DE MERITOS**-Orden a la Procuraduría General de la Nación que, de ser posible, dé continuidad a vinculación de accionante de forma provisional hasta tanto todas las plazas sean ocupadas por los integrantes de la lista de elegibles

Referencia: Expedientes T-5.761.808, T-5.846.142, T-5.858.331 y T-5.959.475 acumulados.

Acción de tutela interpuesta por Gloria Inés Gómez Ramírez<sup>1</sup>, Luis Hernando Ortiz Valero, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Lida Janeth Pinto Barón, Carlos Arturo Serpa Uribe, Rodrigo Rodríguez Barragán, Irma Susana Rueda Suarez, Carmen Remedios Frías Arizmendy<sup>2</sup>, Claudia Ledesma Ibarra<sup>3</sup> y Diana Ortegón Pinzón<sup>4</sup> contra la Procuraduría General de la Nación.

Magistrado Ponente:  
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, y los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Cristina Pardo Schlesinger, Alberto Rojas Ríos y Diana Fajardo Rivera, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

### **SENTENCIA**

#### **I. ANTECEDENTES**

##### **A. LAS DEMANDAS DE TUTELA**

Mediante sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “*Procurador Judicial*” contenida en el numeral 2), del artículo 182, del Decreto Ley 262 de 2000, por considerar que vulneraba el artículo 280 de la Constitución Política. En consecuencia, ordenó a la “*Procuraduría General de la Nación que en un término máximo de seis meses, contados a partir de la notificación de este fallo, convoque a un concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, que deberá culminar a más tardar en un año desde la notificación de esta sentencia*”.

En cumplimiento de la ordenado en la sentencia C-101 de 2013, la Procuraduría General de la Nación a través de la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, dispuso la apertura del proceso de selección de personal para la provisión en carrera administrativa de todos los empleos de procurador judicial, incluidos los ocupados por los accionantes en la presente acción de tutela. Así las cosas, se expidieron catorce (14) convocatorias con el fin de proveer todos los empleos de procurador judicial I y II, en total 427 cargos de procuradores judiciales II y 317 cargos de procuradores judiciales I.

En virtud de la conformación de las listas de elegibles, la Procuraduría General de la Nación ordenó producir los nombramientos y efectuar las posesiones de acuerdo con los términos fijados en el Decreto No. 262 de 2000.

<sup>1</sup> Corresponde al expediente T-5761808.

<sup>2</sup> Corresponden al expediente T-5846142.

<sup>3</sup> Corresponde al expediente T-5858331.

<sup>4</sup> Corresponde al expediente T-5959475.

Los accionantes, Gloria Inés Gómez Ramírez, Luis Hernando Ortiz Valero, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Lida Janeth Pinto Barón, Carlos Arturo Serpa Uribe, Rodrigo Rodríguez Barragán, Irma Susana Rueda Suarez, Carmen Remedios Frías Arizmendy, Claudia Ledesma Ibarra y Diana Ortigón Pinzón ocupaban los cargos de procuradores judiciales objeto del concurso señalado anteriormente; al no hacer parte de las listas de elegibles fueron desvinculados de la Procuraduría General de la Nación, pese a tratarse de personas próximas a pensionarse y/o mujeres cabeza de familia<sup>5</sup>.

En virtud de dichas desvinculaciones, los accionantes interpusieron acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación por considerar vulnerados sus derechos al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la seguridad social. En consecuencia, solicitaron al juez de tutela tutelar sus derechos fundamentales y ordenar a la Procuraduría General de la Nación reintegrarlos a los cargos de procuradores judiciales, los cuales ocupaban antes de ser desvinculados.

A continuación, se exponen los hechos más relevantes de las acciones de tutela objeto de revisión. Sin embargo, en el Anexo 1 de la presente acción de tutela se presentan con detalle los antecedentes correspondientes.

## **B. HECHOS RELEVANTES DE LAS DEMANDAS<sup>6</sup>**

(...)

### **CONSIDERACIONES**

#### **A. COMPETENCIA**

1. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 30 de agosto de 2016, expedido por la Sala de Selección de tutela Número Ocho de este tribunal, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

#### **B. OBJETO DE LA UNIFICACIÓN**

2. De acuerdo con el artículo 5, literal a del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, (Acuerdo 02 del 22 de julio de 2015), esta providencia pretende unificar tres cuestiones fundamentales en relación con el tema de desvinculaciones de servidores públicos que eventualmente podrían resultar protegidos en virtud de determinados mandatos constitucionales y/o legales, con una estabilidad laboral reforzada.

3. En primer lugar, se unificará el criterio acerca de la procedencia de la acción de tutela cuando lo que se pretende es el reintegro de servidores públicos desvinculados. Para ello se analizará el requisito de subsidiariedad a la luz del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y las medidas cautelares ordinarias y de urgencia, con las que cuenta la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

4. En segundo lugar, se unificará la jurisprudencia acerca de la protección laboral reforzada de madres cabeza de familia.

5. En tercer lugar, se unificarán los límites a la protección que se materializa por medio de la estabilidad laboral reforzada, lo cual implica hacer referencia al ingreso a la carrera administrativa por mérito, como eje axial de la Constitución.

#### **C. PROCEDIBILIDAD DE LAS ACCIONES DE TUTELA**

##### **a. Subsidiariedad**

6. El artículo 86 de la Constitución dispone que *“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”*. Sin embargo, *“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”*.

Por su parte, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 prescribe que la procedencia de la acción de tutela deberá ser apreciada en concreto, considerando (a) su eficacia y (b) las circunstancias del accionante.

Recientemente, en la sentencia de unificación SU-355 de 2015, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia respecto del requisito de subsidiariedad, en este pronunciamiento la Corte concluyó que éste hace referencia a dos reglas: (i) *regla de exclusión de procedencia* y (ii) *regla de procedencia transitoria*.

---

<sup>5</sup> Es importante aclarar que cuando los accionantes interpusieron las acciones de tutela, aún se encontraban vinculados a la Procuraduría General de la Nación. Una vez seleccionados los asuntos para su revisión se hizo efectiva la desvinculación de los accionantes, como se relatará más adelante.

<sup>6</sup> Al relatar los hechos relevantes, la sentencia tendrá en cuenta tanto las pruebas aportadas por los accionantes al presentar la acción de tutela como las allegadas a la Corte Constitucional en Sede de Revisión.

7. Así, por regla general, (i) cuando el ciudadano cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos para resolver las cuestiones planteadas y no se configura un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; (ii) cuando el accionante no cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos y eficaces, las órdenes del juez de tutela son definitivas; y (iii) excepcionalmente, cuando el afectado dispone de otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces pero la actuación del juez sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá dar órdenes transitorias que brinden protección al derecho fundamental hasta tanto el juez ordinario o la autoridad competente se pronuncie sobre las pretensiones. Lo anterior, sin perjuicio de que, en el análisis de casos concretos, el juez constitucional establezca las subreglas pertinentes acorde con la jurisprudencia constitucional<sup>7</sup>.

En la sentencia T-514 de 2003<sup>8</sup>, la Corte Constitucional hizo algunas precisiones acerca de la importancia del presupuesto de subsidiariedad en el trámite de la acción de tutela, al respecto dijo la Corte:

*“Para la Corte es claro que la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior)<sup>9</sup> y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)”.*

8. A continuación, se expondrá la idoneidad y eficacia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando lo pretendido en la acción de tutela es dejar sin efectos el acto administrativo de desvinculación de un servidor público. Para ello se hará énfasis en las medidas cautelares ordinarias y de urgencia, contenidas en el Capítulo XI de la Ley 1437 de 2011. Posteriormente, se reiterarán los presupuestos necesarios para determinar la posible configuración de un perjuicio irremediable, con el propósito de analizar la necesidad de actuación del juez de tutela en el asunto, lo cual involucra la caracterización del derecho al mínimo vital. Por último, se mencionará la jurisprudencia de la Corte Constitucional más relevante relacionada con la procedencia de la acción de tutela cuando lo pretendido es declarar la nulidad de un acto administrativo de desvinculación de un servidor público.

***La acción de nulidad y restablecimiento del derecho como mecanismo idóneo y eficaz para solicitar la nulidad de un acto de desvinculación de un servidor público. Reiteración de la sentencia T-376 de 2016***

9. Acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por regla general, la solicitud de reintegro al cargo de un servidor público no procede a través de la acción de tutela<sup>10</sup>. Lo anterior, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico nacional ofrece otros mecanismos de defensa judicial que brindan a los ciudadanos un escenario apropiado para ventilar tales pretensiones, como lo es, en particular, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Respecto de este mecanismo, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado<sup>11</sup> ha concluido que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo “*de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible*”, a través del cual la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, puede solicitar que se declare la nulidad del mismo y que, como consecuencia, se le restablezca su derecho o se reparen los otros daño provocados.

10. De acuerdo con lo establecido en la Ley 1437 de 2011, los servidores públicos desvinculados pueden acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y una vez ahí, solicitar las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que se ajusten al caso en concreto.

Al respecto, en la sentencia T-326 de 2014, la Sala Primera de Revisión, consideró que si bien el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, consagra la posibilidad de que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se solicite la práctica de medidas cautelares, con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; “*por la novedad de esa jurisprudencia que apenas está formándose, pues*

<sup>7</sup> Ver sentencia T-308/16.

<sup>8</sup> Reiterada en las sentencias T-046/09, T-415/10 y T-234/15, entre otras.

<sup>9</sup> Ver sentencia T-249/02.

<sup>10</sup> Ver sentencia T-959/16.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 25 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 12 de agosto de 2010, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante el cual se rechazó la demanda por indebida escogencia de la acción y por haber operado la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

todavía es muy reciente la norma<sup>12</sup>, en la actualidad es difícil establecer con certeza el impacto y el grado de eficacia e idoneidad de dichos instrumentos judiciales para la protección de los derechos fundamentales de la accionante”.

Sin embargo, en providencias posteriores<sup>13</sup>, entre las cuales se encuentra la sentencia de unificación SU-355 de 2015, la Corte Constitucional reconoció la importancia del proceso contencioso administrativo, considerando que en dicho escenario, el juez tiene la posibilidad de adoptar cualquier tipo de medida cautelar, a fin de atender las necesidades específicas del solicitante. Sobre el particular, en la sentencia T-376 de 2016 la Sala Tercera de Revisión se refirió a las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y concluyó que la Ley 1437 de 2011 las dotó de efectividad suficiente de cara a fortalecer la protección de los derechos constitucionales.

### **Medidas cautelares en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**

11. El Capítulo XI de la Ley 1437 de 2011 reguló, entre los artículos 229 y 241, las medidas cautelares que podrán ser concedidas en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Para su procedencia se estableció que la solicitud debe encontrarse debidamente sustentada y presentada **en cualquier estado del proceso**. Lo anterior significó un cambio importante respecto del Código Contencioso Administrativo, el que limitaba la solicitud de medidas cautelares a la presentación de la demanda, lo que limitaba, efectivamente su eficacia, en particular, frente a nuevos eventos que ameritaran la cautela. Prescribió además que el juez o magistrado ponente podrían decretarlas si las considera necesarias con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En todo caso, por disposición legal expresa, dispuso el Código que la decisión sobre la medida cautelar no implicaría prejuzgamiento, con el fin de dar libertad al juez en la adopción de esta decisión.

12. No obstante la amplitud del sistema cautelar previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), la posibilidad de decretarlas está supeditada a la relación directa con la demanda presentada y con su tipología. En ese sentido, en el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, se determinó que dichas medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, por lo que se podría decretar una o varias de ellas:

- “1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.*
- 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirán el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.*
- 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.*
- 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.*
- 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.*

13. Específicamente, la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se encuentra regulada en el artículo 231, en el cual se contempló para su procedencia la comprobación de una contradicción entre el acto demandado y una norma superior a partir de la evidencia o del estudio de las pruebas allegadas a la solicitud. Para las otras medidas cautelares, el mismo artículo establece que su decreto será procedente cuando concurren los siguientes requisitos: (i) la demanda presentada debe estar razonablemente fundada en derecho; (ii) el demandante debe demostrar, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; (iii) el demandante debe haber allegado los documentos, argumentos y la justificación que permita concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y (iv) se debe demostrar que al no otorgarse la medida se causaría un perjuicio irremediable o en su defecto, que existen serios motivos para considerar que de no hacerlo los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Sumado a ello, prevé el artículo que para la concesión de medidas cautelares se deberá prestar una caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con su decreto. Están exceptuados de la anterior exigencia, la petición de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, los procesos que tengan por finalidad la defensa y la protección de los intereses colectivos, así como las medidas solicitadas por una entidad pública.

14. Por último, con la regulación de la Ley 1437 de 2011 se creó un mecanismo con una efectividad especial, en razón del procedimiento célere para su adopción: las medidas cautelares de urgencia, con un régimen diferenciado respecto de las medidas cautelares ordinarias. Así, cuando se evidencie que por su premura no sea posible correrle traslado a la contraparte, sin poner en riesgo el interés que se pretende cautelar, deberán ser decretadas las medidas provisionales, siempre que el solicitante cumpla con la caución previa fijada por el juez, sin que se exija la notificación al demandado. Por el contrario, en la adopción de las demás medidas cautelares se deberá correr traslado de la solicitud a la contraparte para que en el lapso de cinco (5) días se pronuncie y una vez se ha vencido este término, el auto que las decida deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes.

---

<sup>12</sup> El artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, determinó como fecha a partir de la cual comenzó a regir el Código el dos (2) de julio del año dos mil doce (2012).

<sup>13</sup> Ver T-733/14, SU-355/15, T-427/15, T-376/16 y T-595/16, entre otras.

La medida cautelar sólo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada y deberá ser cumplida por la parte obligada o de lo contrario, procederá la apertura de un desacato en los términos del artículo 241<sup>14</sup> de la Ley 1437 de 2011.

15. Por su parte, tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado se han ocupado en múltiples providencias de precisar el alcance de la regulación contenida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el cambio que ella representó. Así las cosas, la Corte recogerá el estado actual de la jurisprudencia. De esta manera, en la sentencia T-376 de 2016, la Corte realizó un examen de varias providencias del Consejo de Estado que se ocuparon de la materia, identificando cinco (5) diferencias transversales entre el régimen de medidas cautelares contenidas en el Decreto 01 de 1984 y la nueva regulación:

(i) En primer lugar, la Ley 1437 de 2011 consagró una serie de posibles medidas cautelares entre las que se cuentan el restablecimiento inmediato de un derecho, la suspensión de un procedimiento, la orden de adopción a la administración de una decisión, la demolición de una obra o las órdenes de imponer obligaciones de hacer o no hacer. En contraposición, en la legislación anterior, sólo se contemplaba la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos<sup>15</sup>.

(ii) En segundo lugar, la expresión “*manifiesta infracción*”<sup>16</sup> que estaba contenida en el Decreto 01 de 1948 como condición para decretar la medida de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo fue suprimida. Este cambio, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, ha sido interpretado por el Consejo de Estado como una variación significativa en la regulación dado que se obliga al juez administrativo a realizar más que un cotejo, un análisis de la relación entre el acto y las normas que se asumen como trasgredidas, así como a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud, sin que esta última posibilidad signifique un prejuzgamiento. “(...) *Esta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto. Todo esto, lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento (...)*”<sup>17</sup>.

(iii) En tercer lugar, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció un sistema innominado de medidas cautelares, como así se extrae de las expresiones contenidas en el artículo 230 que las contempló<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> El artículo 241 de la Ley 1437 de 2011 preceptúa que: “*El incumplimiento de una medida cautelar dará lugar a la apertura de un incidente de desacato como consecuencia del cual se podrán imponer multas sucesivas por cada día de retardo en el cumplimiento hasta por el monto de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo del renuente, sin que sobrepase cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

*La sanción será impuesta al representante legal de la entidad o director de la entidad pública o al particular responsable del cumplimiento de la medida cautelar por la misma autoridad judicial que profirió la orden, mediante trámite incidental y será susceptible de los recursos de apelación en los procesos de doble instancia y de súplica en los de única instancia, los cuales se decidirán en el término de cinco (5) días.*

*El incumplimiento de los términos para decidir sobre una medida cautelar constituye falta grave”.*

<sup>15</sup> En el Auto del veintinueve (29) de marzo de dos mil dieciséis (2016) del Consejo de Estado, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección B, al resolver el expediente con radicación número 11001-03-26-000-2015-00126-01(54850) consideró que como garantía del acceso a la administración de justicia: “[c]on la expedición de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, se produjo un cambio trascendental desde el punto de vista de las facultades cautelares y preventivas que a petición de parte puede ejercer el juez contencioso administrativo en los procesos que se tramitan ante esta jurisdicción especializada, puesto que las mismas fueron ampliamente aumentadas en relación con aquellas que le atribuía el Decreto Ley 01 de 1984 -que sólo contemplaba la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos”.

<sup>16</sup> En el Auto del doce (12) de febrero de dos mil dieciséis (2016) del Consejo de Estado, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección A, tras conocer el expediente con radicado número 11001-03-26-000-2014-00101-00 (51754)A advirtió que: “(...) quizá el cambio más significativo que introdujo el artículo 231 del C.P.A.C.A. respecto de la suspensión provisional de los actos administrativos es la eliminación del requisito que consistía en que, para que se pudiera conceder esta medida cautelar, era necesario que la norma demandada vulnerara la norma superior de manera manifiesta, ostensible o palmaria”.

<sup>17</sup> La Corte Constitucional en la sentencia SU-355/15 retomó lo afirmado por la Sección Segunda –Subsección A- del Consejo de Estado el 29 de agosto de 2013. Recientemente la Sección Primera del Consejo de Estado ha destacado una vez más la relevancia de los cambios introducidos en materia de suspensión provisional. Así en providencia de 9 de junio de 2014 se indicó que se trata de “una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto” (...). Esto, por cuanto en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, para la suspensión provisional se prescindió de la “manifiesta infracción” hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que “la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como trasgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud” (...).

<sup>18</sup> Auto del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015) del Consejo de Estado, en el que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección C, expediente número 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057) advirtió que: “[E]s preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se

Esto implica que, el juez puede adoptar la medida que se ajuste a las necesidades de la situación específica, sin necesidad de acudir a instrumentos predefinidos.

(iv) En cuarto lugar, se conciben las medidas cautelares de forma autónoma a la demanda presentada, a tal punto que el requisito de conciliación prejudicial no le es aplicable a ellas, aunque sea necesaria su acreditación para la admisión de la demanda. Según se estableció en sentencia de tutela de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: “(...) el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar”<sup>19</sup>.

16. Más recientemente, la Sección Tercera –Subsección C– de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, reiteró que en nombre de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, en materia de derechos humanos (convencionalidad), en casos de urgencia, la solicitud y decreto de la medida cautelar no necesariamente debe realizarse dentro del proceso entablado contra un acto administrativo. Por lo tanto, la urgencia en la protección de los derechos no sólo justifica que el juez debe tomar la medida cautelar sin correr traslados, tal como está previsto en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 sino que, según el caso, no es necesario presentar demanda de fondo para que el juez tenga competencia para proferir la medida cautelar<sup>20</sup>. Al respecto dijo el Consejo de Estado:

“(...) cabe comprender y reconocer a la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí, entonces, que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia. Conforme a ello, para la procedencia de las medidas cautelares debe tenerse en cuenta presupuestos constitucionales, convencionales y legales, lo que lleva a decir que al Juez Administrativo le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos. Este argumento encuentra mayor peso, aún, en el caso de las denominadas medidas cautelares de urgencia, las cuales, conforme a la lectura dada por la Sala Plena, así como por la finalidad que están llamadas a satisfacer, implica que se concreten como verdaderas medidas preliminares cautelares de eficacia inmediata para la protección de los derechos”<sup>21</sup>.

17. Así, se destaca del nuevo régimen jurídico aplicable, la inclusión de las medidas cautelares de urgencia, que por la finalidad que persiguen, fueron estructuradas como medios preliminares dotados de eficacia inmediata para la protección de los derechos fundamentales. Esta circunstancia, implica para el juez administrativo el deber de “(...) remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos”<sup>22</sup>. En otras palabras, las medidas cautelares y en especial las de urgencia, se conciben como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia que deben tener en cuenta no sólo presupuestos legales, sino también constitucionales y convencionales para su procedencia.

18. A partir de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que el cambio introducido por la ley estudiada dotó a los procesos que se tramitan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de una perspectiva garantista, dado que amplió la procedencia de las medidas cautelares que pueden ser decretadas en el ejercicio de cualquier acción propia de esta jurisdicción lo que admite, entre otras cosas, que la protección de los derechos constitucionales pueda llevarse, al menos *prima facie*, de manera efectiva. Estas consideraciones permiten, en abstracto, afirmar que el legislador realizó un esfuerzo importante para conferirle efectividad a los medios de control contemplados en la Ley 1437 de 2011, a fin de fortalecerla de cara a la protección de los derechos constitucionales. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha dicho, en ese sentido:

“(...) con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo nació una nueva relación entre acción de tutela y los medios de control judicial ordinarios que se ejercen ante la justicia administrativa. El resultado es que la intervención positiva sobre las medidas cautelares debe desplazar a la acción de tutela cada vez más –pero en un sentido de lo correcto, a la luz del art. 86–, pues **al interior de las acciones ordinarias se**

---

corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite “ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos” y, por último, “impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

<sup>19</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación 25000-23-42-000-2013-06871-01.

<sup>20</sup> Auto de magistrado ponente de la Sección Tercera –Subsección C– de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciséis (2016), radicación número: 11001-03-26-000-2015-00174-00(55953)A.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Auto del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015) del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Tercera, Subsección C, expediente número 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057).

***puede resolver la problemática de la protección efectiva y pronta de los derechos fundamentales***  
(negritas no originales)<sup>23</sup>.

19. En todo caso, si bien la acción de tutela debe paulatinamente darle un lugar prevalente a los mecanismos ordinarios creados por el legislador para resolver cuestiones iusfundamentales en la Jurisdicción Ordinaria y en la de lo Contencioso Administrativo, la realidad es que subsisten ciertas diferencias entre la eficacia que para la protección de derechos fundamentales ofrece la acción de tutela, con relación a las medidas cautelares desarrolladas por el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Entre ellas, la más relevante es que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho iniciadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, deben presentarse por intermedio de un abogado y el procedimiento, a pesar de los avances normativos en pro de la eficacia del derecho de acceso a la administración de justicia, se rige por la formalidad y por la regla de la justicia rogada. Por su parte, la acción de tutela no requiere de apoderado judicial y se rige, en contraposición, por el principio de informalidad y permite la adopción de fallos *extra* y *ultra petita*. Además, las medidas provisionales proferidas por el juez de tutela no requieren de caución por parte del accionante, lo que sí ocurre ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, salvo en lo relativo a la suspensión provisional de actos administrativos.

20. Todo lo expuesto le indica a la Sala Plena de la Corte Constitucional que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es, en principio, un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales de los servidores públicos desvinculados de las entidades públicas, al estar dotado de herramientas propicias para, entre otras cosas, suspender los efectos de actos administrativos que generen perjuicios irremediables a los demandantes, **en cualquier etapa del proceso** y sin que el rechazo inicial de la solicitud, sea obstáculo para que posteriormente sean solicitadas las cautelas necesarias.

Así, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales. Pero esto no significa la improcedencia ni automática ni absoluta de la acción constitucional de protección subsidiaria de derechos fundamentales, ya que los jueces de tutela tienen la obligación de determinar, de conformidad con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la idoneidad y la eficacia -en concreto- de los otros medios de defensa judicial atendiendo a las circunstancias particulares del solicitante. Específicamente se debe considerar: (i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados.

Por consiguiente, acorde con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, pese a la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial, la acción de tutela puede ser procedente excepcionalmente cuando sea necesaria la actuación del juez de tutela, en principio, con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

#### ***El riesgo de configuración de un perjuicio irremediable por afectación del derecho al mínimo vital***

21. A continuación, la Sala Plena expone las características que la jurisprudencia constitucional ha establecido acerca del riesgo de configuración de un perjuicio irremediable por afectación del derecho al mínimo vital.

Al respecto, ha dicho este tribunal que el perjuicio irremediable se caracteriza por (i) *la inminencia del daño*, es decir, que se trate de una amenaza, de un mal irreparable que está pronto a suceder; (ii) *la gravedad*, que implica que el daño o menoscabo material o moral del haber jurídico de la persona que pueda ocurrir sea de gran intensidad, (iii) *la urgencia*, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) *la impostergabilidad de la tutela*, que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales<sup>24</sup>.

22. Al respecto, la Corte ha señalado igualmente que para la comprobación de la inminencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, se deben observar criterios como (i) la edad de la persona, por ser sujeto de especial protección en el caso de las personas de la tercera edad; (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo<sup>25</sup> o de las personas obligadas a acudir a su auxilio. En estos eventos, debe mencionarse que la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado<sup>26</sup>.

Por lo general, en el caso de desvinculaciones de servidores públicos, la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable gira en torno del derecho al mínimo vital.

23. Reiterando lo dispuesto en la sentencia T-199 de 2016, el mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como *“un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique*

<sup>23</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación 25000-23-42-000-2013-06871-01.

<sup>24</sup> Ver sentencia T-309/10.

<sup>25</sup> Al respecto consultar las sentencias T-229/06, T-935/06, T-376/07, T-529/07, T-607/07, T-652/07, T-762/08 y T-881/10 y T-716/13.

<sup>26</sup> Ver sentencia T-881/10.

**necesariamente una vulneración de este derecho.** Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna”<sup>27</sup> (negrillas no originales).

24. En concordancia con lo anterior, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula el derecho de toda persona a una subsistencia digna en los siguientes términos: “(...) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [-que no exclusivamente-], la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”. Lo anterior, también se denotó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>28</sup>, que estableció en el artículo 7, así como en el 11, el derecho de toda persona a contar con unas “condiciones de existencia dignas (...)”, al igual que el derecho a “(...) un nivel de vida adecuado (...)” y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”. En el mismo sentido también debe tenerse en cuenta el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)<sup>29</sup>, que establece el derecho a “(...) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias (...)”.

25. Visto lo anterior, para la Sala Plena de la Corte Constitucional, el derecho al mínimo vital pretende garantizar el acceso básico de condiciones dignas de existencia para el desarrollo del individuo y depende de las circunstancias particulares de cada asunto, por lo que requiere un análisis cualitativo, caso por caso. Así las cosas, en el caso específico de las personas próximas a pensionarse y las madres o padres cabeza de familia, desvinculadas de sus trabajos, la procedencia de la acción de tutela ha dependido de la existencia de otros medios de subsistencia, como lo son los bienes inmuebles de su propiedad, la ayuda económica de sus cónyuges y/o ingresos recibidos por concepto de cesantías, indemnizaciones, liquidaciones u otros.

#### **Jurisprudencia constitucional acerca de la procedencia de la acción de tutela. Reiteración de la sentencia T-595 de 2016**

26. Con relación a la solicitud de reintegro de un servidor público madre o padre cabeza de familia, esta Corte ha aplicado la misma regla de procedencia fijada en los casos de reintegros de servidores públicos, es decir, la procedencia excepcional de la acción de tutela.

27. En la sentencia T-016 de 2008, la Corte Constitucional estudió el caso de una señora retirada de la Administración Distrital de Santa Marta al cumplir con la edad de retiro forzoso; ella solicitaba su reintegro al cargo con fundamento en su condición de mujer cabeza de familia. En consideración al presupuesto de subsidiariedad, la Sala Quinta de Revisión dispuso confirmar la sentencia de instancia, declarando improcedente el amparo solicitado, al no evidenciar la posible configuración de un perjuicio irremediable, puesto que la demandante recibía una pensión y no era mujer cabeza de familia<sup>30</sup>.

28. Posteriormente, en la sentencia T-017 de 2012, la Corte retomó la anterior regla, al decidir el caso de una señora que se desempeñaba en provisionalidad en la Rama Judicial y fue desvinculada con ocasión de un concurso de méritos. Sin embargo, en esa ocasión consideró que procedía la acción de tutela de manera definitiva, pues los derechos fundamentales de la accionante requerían una protección inmediata teniendo en cuenta que al momento de ser desvinculada de su cargo adelantaba el trámite de reconocimiento de su pensión de jubilación, tenía a su cargo a su madre anciana y un hijo de 20 años, y su única fuente de ingresos era su salario. En consecuencia, concedió el amparo del derecho al mínimo vital, a través de la garantía de la estabilidad laboral reforzada de la accionante, ordenando su reintegro al cargo.

29. En la sentencia T-186 de 2013 al analizar el caso de una servidora pública del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER-, quien ejercía en provisionalidad el cargo de Secretaria Ejecutiva y fue declarada insubsistente debido a la provisión de ese cargo a través del concurso de méritos, la Sala Novena de Revisión encontró probada la posible configuración de un perjuicio irremediable, dado que el salario de la actora, mujer cabeza de familia, servía de sustento para sí y para sus hijos, uno de ellos aquejado por una grave afectación a su salud, la cual era tratada por intermedio del servicio médico del que gozaba como beneficiario de su madre. En consecuencia, concedió el amparo constitucional solicitado:

“4. En cuanto al primer aspecto, se ha considerado que el afectado debe demostrar probatoriamente que su exclusión del empleo público lo pone **en una situación de extrema vulnerabilidad**, generalmente relacionada con la afectación cierta y verificable de su derecho al mínimo vital. Sobre el particular, la Corte ha indicado que **‘...por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos, por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desplaza a la acción de tutela. || No**

<sup>27</sup> Sentencia T-184/09.

<sup>28</sup> Aprobado mediante la Ley 74 de 1968.

<sup>29</sup> Aprobado mediante la Ley 319 de 1996.

<sup>30</sup> “En suma, la Corte ha precisado como regla general, que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante”.

***obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados***” (negrilla fuera del texto).

30. Más adelante, en la sentencia T-326 de 2014, la Corte reiteró la mencionada regla jurisprudencial, concediendo la tutela como mecanismo definitivo para amparar los derechos fundamentales de una señora desvinculada del cargo que ostentaba en provisionalidad en la E.S.E Hospital San Rafael de Facatativá, al probar su condición de mujer cabeza de familia, pues su esposo tenía una discapacidad y el salario que percibía constituía su único sustento, cumpliendo así el presupuesto de subsidiariedad<sup>31</sup>.

31. En síntesis, los servidores públicos retirados de su cargo, en principio, no pueden acudir a la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación. Lo anterior, por cuanto en cumplimiento del requisito de subsidiariedad, los empleados que pretendan se deje sin efectos el acto administrativo de desvinculación deben acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, antes que a la acción de tutela.

32. Sin perjuicio de lo expuesto, acorde con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, pese a la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial, la acción de tutela puede ser procedente como mecanismo definitivo si el otro mecanismo judicial no es idóneo y/o eficaz para el caso concreto, o como mecanismo transitorio cuando sea necesaria la actuación del juez de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

**Regla de procedencia de la acción de tutela para los casos bajo examen:**

33. La acción de tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar el reintegro a un cargo público, pues para ello existen otras vías idóneas y oportunas como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, excepcionalmente cuando el empleo no es de libre nombramiento y remoción, la acción de tutela es procedente cuando, del análisis de cada situación concreta, se concluya que los otros medios de defensa carecen de idoneidad o eficacia.

(...)

**Existencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz**

34. Con relación a la pretensión principal de cada uno de los accionantes, la Procuraduría General de la Nación solicitó al juez de tutela declarar la improcedencia de las acciones de tutela, considerando que los accionantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial donde ventilar las pretensiones puestas en conocimiento del juez de tutela. A juicio de la entidad accionada, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo idóneo y eficaz para obtener el reintegro de los accionantes al cargo, al no demostrarse la posible configuración de un perjuicio irremediable.

Los jueces de instancia, en los casos expuestos en el cuadro, acogieron los argumentos de la Procuraduría General de la Nación, resolviendo la improcedencia de las acciones de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

35. La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que, en efecto, en los casos expuestos, los accionantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial en el cual ventilar las pretensiones presentadas en las presentes acciones de tutela como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, escenario en el cual podrían solicitar medidas cautelares ordinarias y/o de urgencia, concebidas como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia, en los términos establecidos más arriba en esta sentencia.

36. A juicio de la Sala el mecanismo es idóneo porque dicho proceso judicial es el espacio adecuado para resolver las pretensiones de lo solicitado por vía de tutela. Allí, el juez de lo contencioso administrativo tiene la competencia suficiente para decidir acerca de la validez del acto administrativo de desvinculación y, de ser procedente, proferir las ordenes necesarias con el fin de restablecer el derecho vulnerado por la entidad demandada, de ser el caso e, incluso, ordenar la reparación de los otros perjuicios no reparados *in natura* mediante la orden de restablecimiento del derecho. Dicha reparación integral de perjuicios no sería posible mediante la acción de tutela.

---

<sup>31</sup> “7.3. *No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.*

(...)

*En consecuencia, estima esta Sala que el presente caso debe examinarse en perspectiva del amparo definitivo de los derechos, pues se pretende evitar la solución de continuidad entre el retiro del servicio de la accionante y su inclusión en la nómina de pensionados, lo que materialmente no podría lograrse en un proceso contencioso administrativo, teniendo en cuenta la duración del mismo”.*

37. En relación con la eficacia del mecanismo judicial alternativo, la Corte considera que para los casos objeto de estudio, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho al contemplar las medidas cautelares ordinarias y de urgencia, se constituye en un medio judicial eficaz, teniendo en cuenta que, *prima facie*, los accionantes están en condiciones de asumir las condiciones exigidas por la Ley 1437 de 2011 con el fin de activar las medidas cautelares que consideren pertinentes.

38. Lo expuesto considerando que (i) todos los accionantes, son abogados con vasta experiencia en el ejercicio de su profesión, con las condiciones suficientes para ejercer su derecho de acceso a la administración de justicia; (ii) ninguno demuestra una situación económica apremiante que le impida, de ser el caso, costear la caución solicitada, cuando la medida cautelar no sea la de suspensión provisional, la que no requiere caución para su decreto; y (iii) así como el juez de tutela, el juez de lo contencioso administrativo tiene la competencia de otorgar las medidas de protección, cautelares o de urgencia dispuestas en la Ley 1437 de 2011, o las necesarias para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, de ser el caso, pese a tratarse de medidas transitorias.

De lo expuesto, ocho (8) de los diez (10) accionantes: Gloria Inés Gómez Ramírez, Luis Hernando Ortiz Valero, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Lida Janeth Pinto Barón, Carlos Arturo Serpa Uribe, Carmen Remedios Frías Arismendy y Claudia Ledesma Ibarra, presentaron acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Procuraduría General de la Nación. Cada uno de los procesos está en curso y si se han presentado demoras en algunos casos es atribuible a los mismos accionantes quienes presentaron las demandas ante jueces no competentes para conocer el asunto<sup>32</sup>, y en otros casos, los jueces se vieron en la obligación de inadmitir las demandas para la correspondiente corrección<sup>33</sup>.

Resulta relevante mencionar que en tres (3) de los casos<sup>34</sup> las accionantes decidieron no solicitar medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo pese a ser una herramienta idónea y eficaz para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, tal como se dejó dicho en consideraciones anteriores. ***Sin embargo, es importante tener en cuenta que las medidas cautelares pueden ser solicitadas en cualquier momento del proceso, en caso de ser considerado necesario por la demandantes.*** Esto implica que el hecho de haber solicitado previamente la medida cautelar y ésta resultar negada, no le resta eficacia al mecanismo de defensa judicial.

Por otra parte, dos (2) de los accionantes: Rodrigo Rodríguez Barragán e Irma Susana Rueda Suarez, manifestaron no haber interpuesto acción judicial alguna contra la Procuraduría General de la Nación por los hechos narrados en sus demandas de tutela. Al respecto, la Sala Plena considera que su actitud, además de desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela, compromete la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Con ello, también descartaron la posibilidad de que el juez de la jurisdicción competente para solucionar este asunto, se pronunciara acerca de medidas cautelares ordinarias o de urgencias tendientes a evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

39. Al respecto, en la sentencia de unificación SU-961 de 1999, la Sala Plena de la Corte examinó el caso de varias personas que buscaban censurar diversos actos administrativos, contra los cuales no se había presentado oportunamente las respectivas acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. Las tutelas se declararon improcedentes, entre otras cosas, porque *“si el titular de la acción ordinaria no hace uso de ella dentro del tiempo que la ley le otorga, no podrá esperar que el Estado despliegue su actividad jurisdiccional para ofrecerle la protección que necesita, pero su situación, entonces, no es imputable al Estado o a sus agentes, sino que obedece a su propia incuria, a su negligencia, al hecho de haberse abstenido de utilizar los medios de los cuales gozaba para su defensa. En tales situaciones, menos aún puede ser invocada la tutela, por cuanto no es ésta una institución establecida para revivir los términos de caducidad ni para subsanar los efectos del descuido en que haya podido incurrir el accionante”*.

40. En síntesis, los accionantes Gloria Inés Gómez Ramírez, Luis Hernando Ortiz Valero, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Lida Janeth Pinto Barón, Carlos Arturo Serpa Uribe, Rodrigo Rodríguez Barragán Irma Susana Rueda Suarez, Carmen Remedios Frías Arismendy y Claudia Ledesma Ibarra, cuentan con un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz dentro del cual pueden solicitar la nulidad de los actos administrativos acusados por vía de tutela y el restablecimiento de los derechos que consideren conculcados con la actuación de la Procuraduría General de la Nación. La eficacia del mecanismo está determinada por la existencia de las medidas cautelares ordinarias o de urgencia que puede adoptar el juez administrativo con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable, tal como lo establece la Ley 1437 de 2011. Finalmente, atendiendo al carácter subsidiario de la acción de tutela, lo adecuado es acudir al proceso judicial principal, evitando con ello que caduque la acción, hecho ante el cual la acción de tutela no es procedente, pues no puede ser invocada para revivir términos de caducidad.

### **Riesgo de configuración de un perjuicio irremediable**

*Posible afectación del derecho al mínimo vital*

41. Al respecto, es pertinente aclarar que, ante un despido, en principio los desempleados se encuentran ante una situación de reducción de sus ingresos mensuales. Sin embargo, dicha reducción de ingresos no es suficiente por sí sola para hacer

32 Casos: Luis Hernando Ortiz Valero, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Lida Janeth Pinto Barón, Carlos Arturo Serpa Uribe y Carmen Remedios Frías Arismendy.

33 Casos: Luis Hernando Ortiz Valero y Claudia Ledesma Ibarra

34 Gloria Inés Gómez Ramírez, Carmen Remedios Frías Arismendy y Claudia Ledesma Ibarra.

procedente la acción de tutela, pues lo que se pretende con la acción de tutela es proteger el mínimo vital de una persona y/o de su familia. Por lo tanto, quien alega la vulneración al derecho fundamental al mínimo vital debe demostrar que, ante el desempleo, no tiene las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para contar con una vida en condiciones dignas.

42. Acorde con la información de ingresos y egresos suministrada por los accionantes y por la Procuraduría General de la Nación, la Sala Plena considera que todos los demandantes cuentan con otras fuentes de financiamiento que les permitirían obtener algún tipo de renta con el fin de sufragar sus gastos, hasta tanto acceda a otra alternativa económica. Así, la mayoría de los accionantes: (i) recibieron por concepto de salarios en el último año sumas superiores a \$100.000.000 y en algunos casos más de \$200.000.000, es decir, contaban con salarios superiores a los 10 salarios mínimos; (ii) todos recibieron por concepto de liquidación y cesantías más de \$15.000.000, (iii) cuentan con uno o dos bienes inmuebles<sup>36</sup>, (iv) son propietarios de vehículos<sup>37</sup>; (v) tienen a su nombre CDT<sup>38</sup> y cuentas de ahorro por sumas considerablemente altas<sup>39</sup>; (vi) en uno de los casos la accionante contaba con contrato de prestación de servicios<sup>40</sup>; y (vii) en dos asuntos, los accionantes tienen reconocida pensión<sup>41</sup>.

43. La Sala encuentra que, en estos casos, los activos de cada uno de los accionantes superan porcentualmente el valor de los pasivos y con los bienes que poseen, incluidos allí las sumas de dinero percibidas, es posible que afronten adecuadamente sus gastos personales y los de su familia. La realización de los bienes muebles e inmuebles podría convertirse en una fuente de ingresos para sufragar los gastos que garanticen el mínimo vital de los demandantes y sus familias, hasta tanto la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se pronuncie acerca de las pretensiones de los accionantes. Así, ante la existencia de otras fuentes económicas diferentes al salario que permitirían sufragar sus gastos mensuales, no se evidencia el riesgo alegado de afectación al mínimo vital.

#### ***Profesión liberal de los accionantes y su experiencia profesional***

44. Resulta relevante para la Sala Plena de la Corte Constitucional considerar que en los casos expuestos, los accionantes son abogados con amplia experiencia profesional y sin limitaciones para el ejercicio de sus funciones<sup>42</sup>.

En los casos concretos, todos los accionantes manifestaron haber laborado por más de 20 años ejerciendo su profesión, así: (i) Gloria Inés Gómez Ramírez por más de 27 años<sup>43</sup>; (ii) Luis Hernando Ortiz Valero por más de 25 años<sup>44</sup>; (iii) María Marcela Duarte Torres por más de 25 años<sup>45</sup>; (iv) Martha Isabel Lozano Urbina por más de 25 años<sup>46</sup>; (v) Lida Janeth Pinto Barón por

---

35 Gloria Inés Gómez Ramírez, Luis Hernando Ortiz Valero, Martha Isabel Lozano Urbina, Carlos Arturo Serpa Uribe, Carmen Remedios Frías Arismendy.

36 Excepto en el caso de la señora Lida Janeth Pinto Barón quien declaró no tener bienes inmuebles.

37 Excepto Rodrigo Rodríguez Barragán.

38 Como es el caso de la señora Lida Janeth Pinto Barón.

39 Lida Janeth Pinto Barón, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Carlos Arturo Serpa Uribe e Irma Susana Rueda Suarez.

40 Martha Isabel Lozano Urbina.

41 El señor Luis Hernando Ortiz Valero pensión de vejez por valor de \$7.195.354. El señor Carlos Arturo Serpa Uribe pensión de invalidez por valor de \$11.885.784 con el pago de un retroactivo de \$316.988.467.

42 Esta consideración exceptúa al señor Carlos Arturo Serpa Uribe quien, como ya se mencionó, obtuvo una pensión de invalidez por valor de \$11.885.784.

43 La accionante adjuntó un certificado de información laboral expedido por el jefe de división de gestión humana de la Procuraduría General de la Nación, en el cual certifica que la accionante se vinculó con la Procuraduría desde el 08 de marzo de 1991 cotizando ininterrumpidamente al Sistema de Seguridad Social en Pensiones hasta el mes de septiembre de 2016. Ver folio 30 del cuaderno de primera instancia.

44 Ocupó el cargo de Procurador Judicial II desde el año 2009, cargo para el cual se requiere un mínimo de 8 años de experiencia. Adicionalmente tiene reconocida pensión de vejez hecho que certifica

su

experiencia laboral. ([http://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/procuraduria/portallG/home\\_1/recursos/general/15012015/convocatorias.jsp](http://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/procuraduria/portallG/home_1/recursos/general/15012015/convocatorias.jsp)).

45 Ocupó el cargo de Procuradora Judicial II desde el año 2002, cargo para el cual se requiere un mínimo de 8 años de experiencia. Adicionalmente, (i) como inspectora visitador fiscal, grado 5, categoría C, de la Contraloría Municipal de Bucaramanga del 27 de enero de 1986 hasta el 30 de julio de 1986; (ii) como comisaria primera departamental de policía, nivel 3, código 51, perteneciente a la Secretaría de Gobierno Departamental de Santander desde agosto de 1986 hasta

más de 25 años<sup>47</sup>; (vi) Rodrigo Rodríguez Barragán por más de 25 años<sup>48</sup>, (vii) Irma Susana Rueda Suarez por más de 25 años<sup>49</sup>; (viii) Carmen Remedios Frías Arismendy por más de 20 años<sup>50</sup>; y (ix) Claudia Ledesma Ibarra por más de 28 años<sup>51</sup>.

45. En el caso de la señora Martha Isabel Lozano Urbina, poco tiempo después de ser desvinculada de la Procuraduría General de la Nación, celebró un contrato de prestación de servicios suscrito con la personería de Bogotá por un lapso de 7 meses (del 03 de febrero de 2017 a septiembre del mismo año), devengando por honorarios mensuales la suma de \$7.350.000<sup>52</sup>.

46. Si bien el resto de accionantes no manifestaron contar con una opción laboral, lo cierto es que al contar los demandantes con una profesión liberal, como lo es la abogacía, y con amplia experiencia laboral, podrían desempeñarse de manera

---

el 17 de mayo de 1990; (iii) como asistente clase I, nivel 2, grado 45 código 0100, en la Dirección de Justicia dependiente de la Secretaría de Gobierno de Santander desde el 18 de mayo de 1990 hasta el 28 de enero de 1992; (iv) como asesor general, grado 22 de la Contraloría Municipal de Bucaramanga del 29 de julio de 1992 hasta el 31 de agosto de 1994; (v) como profesional universitario I de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Bucaramanga de la Fiscalía General del 02 de septiembre de 1994 hasta el 30 de septiembre de 1996; (vi) como fiscal delega ante los jueces penales municipales de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá del 01 de octubre de 1996 hasta el 30 de septiembre de 1999; y (vii) como gerente seccional, grado 01, de la planta global de personal de la Auditoría General de la República, en la gerencia seccional IV con sede en la ciudad de Bucaramanga del 01 de octubre de 1999 hasta el 29 de enero de 2002.

46 Ocupó el cargo de Procuradora Judicial II desde el año 2011, cargo para el cual se requiere un mínimo de 8 años de experiencia. Adicionalmente, acorde con lo manifestado por Colpensiones, la accionante cuenta con aproximadamente 1522 semanas cotizadas en dicho fondo como consecuencia de sus vinculaciones laborales

47 Ocupó el cargo de Procuradora Judicial II desde el año 2012, cargo para el cual se requiere un mínimo de 8 años de experiencia. Además, la accionante adjuntó certificaciones para demostrar sus vínculos laborales: (i) como jefe de oficina de control interno en la Corporación Autónoma Regional de Chivor del 06 de septiembre de 2006 hasta el 18 de octubre de 2006; (ii) como asesor 105-02 ante el despacho del contralor de Bogotá D.C. del 28 de junio de 2011 hasta el 13 de febrero de 2012; y (iii) como abogado asesor, grado 18, en la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo del 01 de diciembre de 2009 hasta el 23 de junio de 2011. Adicionalmente adjunta dos formatos de información laboral en los cuales consta los siguientes periodos de vinculación: (iv) como enfermera rural de la ESE Hospital San Rafael de Tunja desde el 25 de noviembre de 1983 hasta el 30 de septiembre de 1984; (v) como enfermera de la ESE Hospital San Rafael de Tunja desde el 09 de mayo de 1986 hasta el 15 de febrero de 2009, con interrupciones; (vi) como juez promiscuo municipal de Monguí del 11 de enero de 2006 hasta el 30 de junio de 2006; y (vii) como juez primero promiscuo municipal de Paz de Ariporo del 18 de diciembre de 2006 hasta el 22 de noviembre de 2009.

48 Ocupó el cargo de Procurador Judicial II desde el año 2012, cargo para el cual se requiere un mínimo de 8 años de experiencia. Adicionalmente, según la información suministrada por Porvenir S.A. a la Corte Constitucional, el accionante cuenta con 1.557 semanas cotizadas en Colpensiones.

49 Ocupó el cargo de Procurador Judicial I desde el año 2009, cargo para el cual se requiere un mínimo de 4 años de experiencia. Adicionalmente, según la información suministrada por Porvenir S.A. a la Corte Constitucional, el accionante cuenta con 1.577 semanas cotizadas en Colpensiones.

([http://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/procuraduria/portallIG/home\\_1/recursos/genera/15012015/convocatorias.jsp](http://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/procuraduria/portallIG/home_1/recursos/genera/15012015/convocatorias.jsp)).

50 Ocupó el cargo de Procurador Judicial II desde el año 2011, cargo para el cual se requiere un mínimo de 8 años de experiencia. Adicionalmente, según la información suministrada por Porvenir S.A. a la Corte Constitucional, el accionante cuenta con 1.040 semanas cotizadas en Colpensiones.

51 Ocupó el cargo de Procurador Judicial I desde el año 2009, cargo para el cual se requiere un mínimo de 4 años de experiencia. La accionante adjuntó una certificación laboral expedida por la Procuraduría General de la Nación, en la cual consta que la señora Claudia Ledesma Ibarra laboró para la entidad aproximadamente 29 años, desde el 09 de marzo de 1987. ([http://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/procuraduria/portallIG/home\\_1/recursos/genera/15012015/convocatorias.jsp](http://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/procuraduria/portallIG/home_1/recursos/genera/15012015/convocatorias.jsp)).

52 Ver folios 253 al 255 del cuaderno de pruebas en sede de revisión, correspondiente al expediente T-5846142 accionante Martha Isabel Lozano Urbina.

independiente, sin necesidad de que para su pleno desarrollo medie un contrato de trabajo. En ese sentido, su derecho al trabajo no se ve supeditado a una sola modalidad contractual, en lugar de ello, permite cualquier tipo de relación, ya sea civil, comercial o laboral.

### **Condiciones de salud que limiten físicamente el ejercicio de su profesión a los accionantes**

47. Fueron cinco (5) los accionantes que argumentaron padecer de alguna enfermedad que hacía más gravosa su desvinculación de la entidad. (i) La señora Gloria Inés Gómez Ramírez manifestó padecer de artrosis trapecio metacarpiana, tenosinovitis de quervain y gonartrosis<sup>53</sup>; (ii) la señora Martha Isabel Lozano Urbina informó padecer de estrés laboral<sup>54</sup>; (iii) la señora Lida Janeth Pinto Barón expresó en la demanda de tutela que en el año 2013 estuvo diagnosticada con cáncer linfático o linfoma no *hodking*; (iv) el señor Carlos Arturo Serpa Uribe presentó un *infarto cerebral dislipidemia* en el año 2013, actualmente sufre de síndrome de la arteria carótida (hemisférico), oclusión y estenosis de arteria carótida y aterosclerosis de otras arterias; y (v) Carmen Remedios Frías Arismendy dijo sufrir de síndrome del túnel carpiano bilateral.

48. A juicio de la Sala Plena, el hecho de padecer una enfermedad, no es condición suficiente para que la acción de tutela se torne automáticamente procedente. En adición a esta circunstancia, los accionantes deben probar cómo dicha enfermedad los sitúa en una condición de debilidad manifiesta o de vulnerabilidad tal que haga procedente el amparo, pese a contar con otro mecanismo de defensa judicial.

49. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que el único accionante que demostró su estado de debilidad manifiesta fue el señor Carlos Arturo Serpa Uribe. Sin embargo, dicha condición no es suficiente para hacer procedente la acción de tutela, puesto que se debe tener en cuenta que, en la actualidad, el accionante cuenta con una pensión de invalidez y con otras fuentes de financiamiento diferentes a la del salario que percibía en la Procuraduría General de la Nación. Estas condiciones le permiten continuar con el proceso contencioso administrativo iniciado con la Procuraduría, sin riesgo para sus derechos fundamentales.

50. Con relación al caso de la señora Martha Isabel Lozano Urbina, la Sala considera que pese a haber manifestado su antecedente de salud, es evidente que dicha situación no le impide ejercer su profesión, puesto que poco tiempo después de terminada su vinculación laboral con la Procuraduría suscribió un contrato de prestación de servicios con la Personería de Bogotá.

51. Por su parte, la accionante Lida Janeth Pinto Barón argumentó que hace algunos años fue diagnosticada con un linfoma no *Hodgkin*<sup>55</sup>. Al respecto, en principio, la Sala podría considerar que la condición de salud de la accionante la ubica en un mayor grado de vulnerabilidad al impedirle contar con la misma capacidad de movilización laboral que la del resto de los accionantes. Sin embargo, de las pruebas aportadas al proceso los últimos reportes acerca de la enfermedad de la accionante arrojan resultados satisfactorios con relación a la evolución de la enfermedad, como se transcribe a continuación:

*“Agosto 20 de 2014.*

*Trae exámenes de lab. clínico con:*

*(Cuadro)*

*IK 100% Peso 65KGRS*

*Clinicamente respuesta completa.*

*Exámenes de lab clínico en rango normal.*

*Se ordena 4ta dosis de ritux. Control en tres meses”.*

*“Julio 29 de 2014*

*El tratamiento inicia en mayo, termina en septiembre de 2013 sin complicaciones.*

*PET de noviembre 1 de 2013: normal*

*Se encuentra en remisión completa*

*(...)*

*Muy buen estado general, TA 120, 70, fc 68 x 1, examen físico normal”*

*“27/10/2016*

*Respuesta clínica completa. Sin evidencia de neoplasia clínicamente detectable*

*PET CT en Octub de 2015 Negativo*

*En el momento en respuesta clínica completa*

*Debe continuar controles médicos con evaluación para clínica cada 4 a seis meses, dado el riesgo de recaída de este tipo de enfermedad”.*

---

53 Ver folios del 88 al 97 del cuaderno de primera instancia.

54 Ver folios 72 al 84 del cuaderno de primera instancia.

55 Es un cáncer que se origina en los glóbulos blancos llamados linfocitos que forman parte del sistema inmunitario del cuerpo.

52. Visto lo anterior, la Sala considera que actualmente el estado de salud de la accionante, si bien requiere controles semestrales, no la ubica en una condición de tal vulnerabilidad que le impida ejercer su profesión y con ello obtener los recursos económicos suficientes para garantizar su mínimo vital. Lo anterior sumando a lo ya expuesto con relación a las fuentes de financiación con las que cuenta la accionante. A propósito, resulta importante resaltar que según la base de datos Comprobador de Derechos de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá la señora Lida Janeth Pinto Barón registra una afiliación activa a la EPS Sanitas, situación que le asegura la continuidad en la prestación del servicio de salud<sup>56</sup>. Por lo tanto, la accionante deberá continuar con el proceso iniciado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

53. Respecto de Gloria Inés Gómez Ramírez y Carmen Remedios Frías Arismendy, la Sala Plena considera que el solo diagnóstico de sus enfermedades no las ubica en una situación de debilidad manifiesta, considerando que no aportaron pruebas de incapacidades médicas o bajo rendimiento laboral con ocasión de sus dolencias que demuestren limitación en el ejercicio de sus funciones. Sumado a la ausencia de afectación del mínimo vital, tal y como se demostró en consideraciones anteriores.

54. Ahora bien, acorde con lo registrado en la base de datos del Registro Único de Afiliación del Ministerio de Salud, la mayoría de los accionantes se encuentran vinculados al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, condición que les permite acceder a los servicios de salud requeridos para el tratamiento de sus enfermedades. Solamente dos accionantes (i) Rodrigo Rodríguez Barragán y (ii) Claudia Ledesma Ibarra, se muestran inactivos en el Sistema de Seguridad Social en Salud. Sin embargo, ellos no refirieron padecer de alguna enfermedad que los ubicara en situación de mayor vulnerabilidad.

#### **Cargo ocupado en provisionalidad**

55. Para efecto de aclarar el tipo de estabilidad laboral con la que cuentan los accionantes, es pertinente traer al caso lo dispuesto en la sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, en la cual, la Corte Constitucional determinó que los cargos de procuradores judiciales de la Procuraduría General de la Nación son empleos de carrera especial. Anteriormente, dichos cargos estaban incluidos dentro de aquellos catalogados como empleos de libre nombramiento y remoción según lo dispuesto por el artículo 182 del Decreto 262 de 2000; sin embargo, la Corte encontró inconstitucional que los cargos de procuradores judiciales fueran catalogados como empleos de libre nombramiento y remoción, declarando la inexecutable parcial del numeral 2º del artículo 182 del Decreto 262 de 2000 respecto del apartado que establecía dichos empleos como de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, ordenó a la Procuraduría General de la Nación que, en un término no mayor a 6 meses a partir de la notificación de dicha decisión judicial, convocara a un concurso público de méritos para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial de dicha entidad.

56. Más adelante, en la sentencia T-716 de 2013, la Corte reiteró que en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 186 del Decreto 262 de 2000<sup>57</sup> los cargos de procuradores judiciales “*se han convertido de cargos de libre nombramiento y remoción en cargos de carrera administrativa, y en consecuencia, los servidores que desempeñan esos cargos sin haberse realizado el correspondiente concurso de méritos se encuentran en situación de provisionalidad. Lo anterior implica que las personas en dichas circunstancias están cobijadas por la estabilidad laboral intermedia que significa ocupar dichos empleos en provisionalidad*”.

57. Para la Sala Plena de la Corte Constitucional, resulta relevante el hecho de que los cargos que ocupaban los accionantes estaban asignados en provisionalidad. En este sentido, la Corte ha reiterado que la desvinculación de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad debía estar motivada “*en una justa causa que tenga como fundamento (i) la calificación de desempeño, (ii) la comisión de faltas disciplinarias o (iii) la provisión del cargo por concurso de méritos*”. En tal virtud, los accionantes teniendo conocimiento de la decisión adoptada por la Corte Constitucional mediante fallo C-101 del 28 de febrero de 2013, han debido prever su posible desvinculación. Más si se tiene en cuenta los altos salarios devengados por los servidores aquí demandantes y el tiempo por el cual estuvieron vinculados en sus cargos<sup>58</sup>.

---

56 <http://appb.saludcapital.gov.co/Comprobadordederechos/Resultados>

57 “*También tendrá carácter provisional la vinculación del servidor que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que, en virtud de la ley o de decisión judicial, se convierta en cargo de carrera. En este caso, el concurso para proveer definitivamente la vacante respectiva será abierto*”.

58 (i) Gloria Inés Gómez Ramírez devengó por más de 6 años un salario de una cuantía considerablemente alta (recibió \$274.323.000 en el último año por concepto de salarios y gastos de representación); (ii) Luis Hernando Ortiz Valero devengó por más de 7 años un salario de una cuantía considerablemente alta (recibió \$273.337.000 en el último año por concepto de salarios y gastos de representación); (iii) María Marcela Duarte Torres devengó por más de 12 años un salario de una cuantía considerablemente alta (recibió \$196.195.757 en el último año por concepto de salarios y gastos de representación); (iv) Martha Isabel Lozano Urbina devengó por más de 5 años un salario de una cuantía considerablemente alta (recibió \$229.011.000 en el último año por concepto de salarios y gastos de representación); (v) Lida Janeth Pinto Barón devengó por más de 5 años un salario de una cuantía considerablemente alta (recibió

58. En síntesis, las acciones de tutela presentadas por Gloria Inés Gómez Ramírez, Luis Hernando Ortiz Valero, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Lida Janeth Pinto Barón, Carlos Arturo Serpa Uribe, Rodrigo Rodríguez Barragán, Irma Susana Rueda Suarez, Carmen Remedios Frías Arismedy y Claudia Ledesma Ibarra, son improcedentes considerando que los accionantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz donde ventilar las pretensiones aquí planteadas y no se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad que haga necesaria la actuación del juez de tutela con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Lo anterior teniendo en cuenta que (i) cuentan con otras fuentes económicas diferentes a las de su salario con las cuales sufragar sus gastos mensuales y protegiendo con ello su mínimo vital; (ii) ejercen una profesión liberal con amplia experiencia laboral, lo cual les permite contar con diferentes modelos de vinculación; (iii) no demostraron limitación física para el ejercicio de sus funciones<sup>59</sup>; y (iv) los cargos en provisionalidad siempre están sujetos a la eventualidad del concurso, razón por la cual no generan estabilidad en el empleo.

**b. Procedencia de la acción de tutela presentada por la señora Diana Ortigón Pinzón (expediente T-5.959.475)**

59. La señora Diana Ortigón Pinzón, es abogada y laboró en la Procuraduría General de la Nación por aproximadamente un año. En el año 2015, fue nombrada en el cargo de Procuradora 18 Judicial Penal II de Bogotá<sup>60</sup>, el cual ocupó en provisionalidad. En septiembre de 2016, la Procuraduría General de la Nación desvinculó a la accionante como consecuencia del nombramiento en propiedad de la persona seleccionada de la lista de elegibles. Sin embargo, el 01 de enero del presente año<sup>61</sup>, en cumplimiento del fallo de tutela proferido el 23 de noviembre de 2016 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (objeto de revisión en esta providencia), la señora Diana Ortigón Pinzón fue posesionada en el cargo de Procuradora Judicial Ambiental y Agraria en la ciudad de Florencia (Caquetá).

60. La acción de tutela cuyo fallo actualmente se revisa, fue interpuesto argumentando que por su condición de mujer cabeza de familia, no debió haber sido desvinculada de la entidad. Como elementos tendientes a demostrar la posible configuración de un perjuicio irremediable la señora Diana Ortigón Pinzón manifestó que<sup>62</sup>:

61. Es una persona de 47 años, mujer cabeza de familia. Su núcleo familiar está conformado por sus dos hijos, quienes dependen de ella, uno de sus hijos es menor de edad (15 años)<sup>63</sup> y si bien la hija es mayor de edad (23 años)<sup>64</sup>, se encuentra estudiando una carrera universitaria.

62. Sus ingresos actuales corresponden a su salario mensual como Procuradora Judicial Ambiental y Agraria en la ciudad de Florencia (Caquetá), teniendo en cuenta que no tiene bienes inmuebles ni participación en sociedades que le generen renta alguna. Adicionalmente, informó que es propietaria de un vehículo modelo 2010.

Visto lo anterior, la Sala Plena considera que este asunto sí cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela por las razones que se exponen a continuación:

---

\$186.690.253 en el último año por concepto de salarios y gastos de representación); (vi) Carlos Arturo Serpa Uribe devengó por más de 15 años un salario de una cuantía considerablemente alta (recibió \$274.636.000 en el último año por concepto de salarios y gastos de representación); (vii) Rodrigo Rodríguez Barragán devengó por más de 4 años un salario de una cuantía considerablemente alta (recibió \$189.807.140 en el último año por concepto de salarios y gastos de representación); (viii) Irma Susana Rueda Suarez devengó por más de 7 años un salario de una cuantía considerablemente alta (recibió \$125.134.765 en el último año por concepto de salarios, gastos de representación y honorarios); (ix) Carmen Remedios Frías Arismedy devengó por más de 6 años un salario de una cuantía considerablemente alta (recibió \$284.697.791 en el último año por concepto de salarios, gastos de representación y honorarios); (x) Claudia Ledesma Ibarra devengó por más de 4 años un salario de una cuantía considerablemente alta (recibió \$122.411.000 en el último año por concepto de salarios y gastos de representación).

59 Excepto en el caso del señor Carlos Arturo Serpa Uribe.

60 Ver folios 98 y 99 del cuaderno de primera instancia.

61 Ver folio 2 del cuaderno de pruebas en sede de revisión, correspondiente al expediente T-5.959.475.

62 Teniendo en cuenta que en la acción de tutela la accionante no hizo alusión a la posible configuración de un perjuicio irremediable, mediante auto de pruebas proferido por la Corte Constitucional el 22 de marzo de 2017, la Corte le solicitó al accionante información al respecto. Las respuestas se encuentra en los folios 1 al 6 del cuaderno de pruebas en sede de revisión, correspondiente al expediente T-5.858.331.

63 Registro civil de nacimiento reposa en el folio 16 del cuaderno de primera instancia.

64 Registro civil de nacimiento reposa en el folio 17 del cuaderno de primera instancia.

63. Si bien, como en los otros casos, la accionante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, donde podría solicitar la nulidad del acto administrativo a través del cual fue desvinculada de la entidad, retiro que se hizo efectivo en el mes de septiembre de 2016, a juicio de la Sala, dicho mecanismo no es un escenario idóneo ni eficaz para solicitar lo aquí pretendido por la accionante, en el caso concreto.

64. En primer lugar, cuestiona la Sala la idoneidad del mecanismo judicial principal considerando que el acto administrativo de desvinculación se profirió en el mes de septiembre de 2016, y a partir de su notificación comenzaría a contar el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a través de la cual se podría discutir la nulidad del acto y solicitar la protección de sus derechos. Sin embargo, ante el fallo de tutela proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (objeto de revisión en esta providencia), el 23 de noviembre de 2016, concediendo el amparo definitivo de los derechos invocados por la señora Diana Ortégón Pinzón y ordenando su reintegro inmediato, la accionante, amparada en los efectos de la providencia, no presentó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Por lo tanto, a la fecha, es probable que el mecanismo judicial con el que contaba ya haya caducado, tornándose no idóneo. Por otra parte, la carece de idoneidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho porque el asunto ya había sido fallado el asunto, de manera definitiva, mediante la acción de tutela.

65. En segundo lugar, las condiciones especiales de la accionante y de su núcleo familiar, demostradas dentro del proceso, hacen que el mecanismo ordinario de defensa judicial no sea eficaz. Lo anterior por cuanto se trata de un sujeto de especial protección constitucional (mujer cabeza de familia inciso 2º del artículo 43 de la Constitución Política de Colombia), quien requiere una respuesta judicial pronta que impida, de ser pertinente, la desvinculación de la accionante y, de esta manera, garantizar el derecho al mínimo vital de sus hijos.

Al respecto, en la sentencia T-151A de 200665 la Corte Constitucional consideró que, *“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”*

66. De esta manera, reiterada jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela es procedente cuando quien solicita el reintegro laboral es una mujer cabeza de familia *“[e]llo, por la estrecha relación con el principio de no discriminación y los mandatos superiores que consagran un beneficio a sujetos vulnerables y porque ante la terminación del vínculo de trabajo, este mecanismo ofrece la celeridad y la eficacia necesarias para asegurar el derecho a la estabilidad laboral, al mínimo vital, a la seguridad social, y de aquellos sujetos vulnerables que se encuentran a su cargo”*66.

67. Posteriormente, en la sentencia de unificación SU-388 de 2005, la Sala Plena de esta Corte consideró que en casos de protección de determinados trabajadores a través de la estabilidad laboral reforzada, donde los accionantes sean sujetos de especial protección constitucional, la acción de tutela es procedente *“precisamente por la necesidad de garantizar la plena eficacia de sus derechos fundamentales”*. Adicionalmente, en dicha providencia la Corte hizo referencia a la relevancia constitucional de la aplicación de acciones afirmativas en favor de las mujeres cabeza de familia trabajadoras, en los siguientes términos:

*“Y si a lo anterior se suma que las mujeres han sido excluidas a lo largo de la historia del escenario laboral, es claro que las acciones afirmativas diseñadas en su favor revisten un componente que va más allá de la simple presencia de un ingreso fijo para asegurar la manutención de su núcleo familiar, puesto que en estos casos también se protege la idea de reconocer especial valor al trabajo como expresión de una opción personal o profesional negada por muchos años y, en esa medida, es legítimo reclamar su amparo por vía de tutela”*.

68. Así las cosas, la accionante logró demostrar que no cuenta con ingresos diferentes al de su salario para suplir sus gastos mensuales, no tiene bienes muebles ni inmuebles a su nombre que podrían generarle una renta suficiente, ni existen en su entorno familiar personas que podrían acudir a sufragar los gastos de su núcleo familiar. Por lo tanto, la inexistencia de otras fuentes de financiamiento podría generar la configuración de un perjuicio irremediable para los derechos fundamentales de la accionante y de sus hijos, quienes dependen de ella y cuyos derechos priman en el orden constitucional colombiano.

69. En síntesis, a juicio de la Sala Plena, el inciso 2º del artículo 43 de la Constitución Política de Colombia otorga a las mujeres cabeza de familia una protección especial de parte del Estado. Así las cosas, ante el riesgo evidenciado de materialización de un perjuicio irremediable para el mínimo vital de la accionante y de sus hijos y, en razón de la satisfacción de las condiciones previstas en la SU-388 de 2005 para la protección de las madres cabezas de familia, se exime a la accionante de acudir a los mecanismos judiciales ordinarios para la tutela de sus derechos.

---

65 Reiterada en las sentencias T-688/08, T-188/09 y T-352/11, entre otras.

66 Sentencia T-803/13.

70. En este sentido, la Corte considera que la protección constitucional a las madres cabeza de familia que demuestren el cumplimiento de los requisitos dispuestos en la SU-388 de 2005 torna ineficaz el mecanismo judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De esta manera, a diferencia de los casos declarados improcedentes, la señora Ortégón Pinzón demostró que no cuenta con ingresos diferentes a su salario para suplir los gastos mensuales que implican su condición de madre cabeza de familia, circunstancia que hace procedente la acción de tutela presentada por la señora Diana Ortégón Pinzón como mecanismo definitivo.

#### D. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

71. El problema jurídico que debe resolver la Sala Plena de la Corte Constitucional consiste en determinar si la Procuraduría General de la Nación, vulneró los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital de la señora Diana Ortégón Pinzón, al desvincularla de la entidad como consecuencia del nombramiento en propiedad de personas que integraron la lista de elegibles del concurso realizado por la entidad accionada en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia C-101 de 2013, sin tener en consideración su condición de mujer cabeza de familia.

72. En consecuencia, para resolver el problema jurídico planteado, la Corte reiterará su jurisprudencia acerca de (i) la protección de las madres cabeza de familia<sup>67</sup> a través de la estabilidad laboral reforzada. Posteriormente, (ii) hará referencia a los límites jurisprudenciales a dicha protección de las madres cabeza de familia a través de la estabilidad laboral reforzada, haciendo énfasis en el mérito como eje axial de la Constitución. Finalmente se (iv) examinará si la Procuraduría General de la Nación desconoció la estabilidad laboral reforzada de la señora Diana Ortégón Pinzón.

#### E. LA PROTECCIÓN DE LAS MADRES CABEZA DE FAMILIA A TRAVÉS DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

73. El artículo 43 de la Constitución Política establece que “(...) El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (...)”; lo cual permite, en determinadas circunstancias (madre trabajadora) interpretar la existencia de una protección a través de la figura de la estabilidad laboral reforzada. En estudio de control abstracto, la Corte Constitucional<sup>68</sup> determinó que el mandato constitucional de protección especial a mujeres cabeza de familia debía ser entendido en los siguientes términos:

*“El apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad.*

*En este orden de ideas, no sería compatible con estas finalidades de inspiración igualitaria dentro de un Estado social de derecho, que las medidas de apoyo especial a las mujeres cabeza de familia fueran dirigidas principalmente a permitir que “cumplan bien su rol doméstico dentro del hogar”, puesto que ello constituiría una reproducción del estereotipo que precisamente está asociado a las desigualdades sociales que el constituyente quiso corregir. El apoyo especial garantizado por la Constitución en estos casos es aquel que permite a la mujer desarrollar libre y plenamente sus opciones de vida sin que ser cabeza de familia se constituya en un obstáculo o una carga demasiado pesada para ello. Se trata de impedir, por ejemplo, que ser cabeza de familia le cierre opciones laborales a la mujer o que escoger una oportunidad de trabajo implique dejar de atender las responsabilidades que, tanto para los hombres como para las mujeres, significa ser cabeza de familia” (negritas no originales).*

Adicionalmente, también en ejercicio de control abstracto de constitucionalidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional<sup>69</sup> estableció que la estabilidad laboral de mujeres cabeza de familia tiene un origen supralegal, pues responde a imperativos constitucionales, erigidos como fines esenciales del Estado Social de Derecho:

*“23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos*

---

<sup>67</sup> Es importante aclarar que la protección otorgada a las madres cabeza de familia es extensible a los padres cabeza de familia, en virtud del derecho a la igualdad. Sin embargo, por metodología y teniendo en cuenta que el caso que nos ocupa versa sobre una madre cabeza de familia, la providencia solamente hará referencia a las madres cabeza de familia.

<sup>68</sup> En la sentencia C-184/03 la Corte Constitucional declaró EXEQUIBLES los apartes acusados del artículo 1° de la Ley 750 de 2002, en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido.

<sup>69</sup> Ver sentencia C-795/09, la cual reiteró lo dispuesto en la sentencia T-768/05.

trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, **la Corte Constitucional ha sentenciado<sup>70</sup> que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado**” (negritas no originales).

74. Por otra parte, la Corte ha considerado que con la protección a las mujeres cabeza de familia también se busca preservar las condiciones dignas de sus hijos y de las personas que dependen de ella. Así lo precisó la Corte en la sentencia T-803 de 2013:

*“La categoría de mujer cabeza de familia busca entonces “preservar condiciones dignas de vida a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella, al tiempo que se pretende apoyar a la mujer a soportar la pesada carga que por razones, sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, abriéndoles oportunidades en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos”. Tal condición encierra el cuidado de los niños y de personas indefensas bajo su custodia, lo que repercute en los miembros de la familia, e implica de igual manera, por vía de interpretación, la protección hacia el hombre que se encuentre en situación similar”.*

75. En suma, para la Corte Constitucional no cabe duda de que la implementación de medidas como la estabilidad laboral reforzada para mujeres cabeza de familia, responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 44, 53 y especialmente **43 (inciso segundo)** de la Constitución Política y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho. Ello busca garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona, la protección de la familia y, de manera especial, la supremacía de los derechos de los niños.

76. En este sentido, el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, “*Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia*”, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, establece que “(...) es **Mujer Cabeza de familia**, quien (...) ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar”<sup>71</sup>. En tal virtud, la ley confiere a la mujer una especial protección en los siguientes términos “**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**” (negritas no originales).

77. El Decreto 3905 de 2009, “*Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa*”, modificado por el Decreto 1894 de 2012, dispuso una protección especial para las madres cabeza de familia, la cual se debería tener en cuenta antes de desvincularla de un empleo provisional. Dicha protección especial se estableció en los siguientes términos: “**Artículo 7º. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: Parágrafo 2º. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia**”.

78. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional (SU-388/05) ha establecido una serie de requisitos que se deben demostrar con el fin de certificar la calidad de mujer cabeza de familia, así:

*“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapaces para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar*

<sup>70</sup> Sentencias C-184/03, C-964/03, C-044/04, T-768/05 y T-587/08.

<sup>71</sup> “**ARTÍCULO 2º. JEFATURA FEMENINA DE HOGAR.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> 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”.

*por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”<sup>72</sup>.*

79. Adicionalmente, la Corte ha dispuesto que para acreditar la condición de madre cabeza de familia: (i) es indispensable el total abandono del hogar por parte de la pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre<sup>73</sup>; (ii) el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia<sup>74</sup>. Ahora bien, (iii) la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, no es una prueba necesaria para acreditar la condición de cabeza de familia, pues dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto<sup>75</sup>.

80. Así las cosas, las mujeres que tienen bajo su cargo en forma permanente la responsabilidad de hijos menores propios o ajenos y de otras personas incapacitadas para trabajar y, que dependan de ella, tanto afectiva como económicamente, gozan de especial protección constitucional.

81. A partir de todo lo expuesto, el mandato constitucional consagrado en el inciso 2 del artículo 43 de la Constitución fundamenta, para las mujeres cabeza de familia<sup>76</sup>, una protección constitucional a través de la estabilidad laboral reforzada, en aplicación directa de la Constitución<sup>77</sup>. Así las cosas, ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de servidores públicos nombrados en provisionalidad, cuando esté demostrada la desvinculación de una madre que acredite ser cabeza de familia (SU-388 de 2005) y que dicha desvinculación afecta su derecho y el de sus hijos al mínimo vital, el juez de tutela, en principio, debe garantizar la protección constitucional.

82. No obstante, dicha estabilidad laboral reforzada no constituye una protección absoluta ni automática, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su lugar de trabajo. Contrario a ello, si el empleado es apartado de su cargo sin tener en consideración su condición de mujer cabeza de familia y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral especial o reforzada, siempre y cuando se verifiquen circunstancias particulares tales como el retén social o una afectación al mínimo vital.

---

<sup>72</sup> Sentencia SU-388/05.

<sup>73</sup> Ver sentencia T-1211/08, “*El desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que esta pueda resultar, no significa per se que una madre adquiera la condición de cabeza de familia, toda vez que para ello es indispensable el total abandono del hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre; es decir, debe existir un incumplimiento absoluto y permanente de las obligaciones inherentes a esta condición . Todo ello sin olvidar que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia, a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social. En ese orden de ideas, debido a la existencia de otras formas de colaboración en el hogar, la carencia de un ingreso económico fijo de una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia*”.

<sup>74</sup> “*Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional, la familia puede constituirse o en virtud del matrimonio ‘o por la voluntad responsable de conformarla’ por la decisión libre de un hombre y una mujer, es decir ‘por vínculos naturales o jurídicos’, razón ésta por la cual resulta por completo indiferente para que se considere a una mujer como ‘cabeza de familia’ su estado civil, pues, lo esencial, de acuerdo con la definición que sobre el particular adoptó el legislador en la norma acusada, es que ella ‘tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de 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’, lo que significa que será tal, no sólo la mujer soltera o casada, sino también aquella ligada en unión libre con un compañero permanente*”. Ver sentencia C-034/99.

<sup>75</sup> Ver sentencia T-1211/08.

<sup>76</sup> Ver sentencias T-926/10, T-316/13, T-400/14, T-345/15, T-540/15 y T-373/17, entre otras.

<sup>77</sup> Ver sentencias T-926/09 y SU-388/05 de las cuales, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la especial situación en la que se encuentran las mujeres cuando ejercen el rol de mujeres cabeza de familia y la necesidad de existencia de una protección que les ofrezca una forma de hacer más llevadera la difícil tarea de asumir en forma solitaria las riendas del hogar.

A continuación, la Sala Plena analizará si el nombramiento en propiedad de una persona que accede al cargo luego de superar un concurso de méritos, se puede considerar justa causa para la desvinculación de un servidor público que ocupa un cargo en provisionalidad.

**F. La protección a las madres cabeza de familia a través de la estabilidad laboral reforzada no es absoluta. el mérito como eje definitorio de la identidad de la constitución**

83. Como se dejó anunciado en párrafos anteriores, la protección a las madres cabeza de familia a través de la estabilidad laboral reforzada no es absoluta. Esto implica que los servidores públicos mujeres cabeza de familia sí pueden ser desvinculadas de las entidades públicas; sin embargo, su protección laboral reforzada conlleva una carga para la entidad consistente en demostrar una justa causa para la desvinculación. Para el caso que nos ocupa la justa causa analizada será el nombramiento de propiedad de una persona que superó las etapas de un concurso de méritos.

84. El artículo 125 de la Constitución establece **el mérito** como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración pretendiendo que el Estado pueda *“contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”*<sup>78</sup>. En estos términos, la misma Constitución establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público<sup>79</sup>.

85. Como precedente relevante, la sentencia C-588 de 2009, declaró inexecutable el Acto Legislativo No 01 de 2008, que suspendía por el término de tres años la vigencia del artículo 125 constitucional. Como fundamento de la decisión, la Sala Plena consideró que *“el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso”*<sup>80</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que *“la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución”*<sup>81</sup>, en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991.

86. Entendiendo lo anterior, la desvinculación de servidores públicos provisionales con estabilidad laboral reforzada con ocasión de un concurso de méritos ha sido objeto de diferentes pronunciamientos de parte de la Corte Constitucional<sup>82</sup>.

87. En la sentencia de unificación SU-446 de 2011, la Corte Constitucional conoció el caso de varios servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación desvinculados de sus cargos con ocasión de un concurso de méritos surtido al interior de la entidad. En esa oportunidad la Corte Constitucional consideró que:

*“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación<sup>83</sup>, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que **sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación**”<sup>84</sup>. En consecuencia, la terminación de una vinculación en*

---

78 Sentencia SU-086/99.

79 Son innumerables las decisiones de la Corte Constitucional, desde sus inicios, que han defendido el sistema de concurso público como el que debe imperar para la provisión de cargos de carrera en la administración. Entre otras, en las sentencias T-410/92, C-479/92, T-515/93, T-181/96, C-126/96, C-063/97, C-522/95, C-753/08 y C-588/09, entre otras.

80 Ver sentencia SU-446/11.

81 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2009, considerando 6.1.1.3, página 73.

82 En la sentencia T-317/17, la Corte reiteró el tema sobre la *provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos y la protección especial de las mujeres cabeza de familia*. En este sentido, aclaró que *“la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente”*. Así las cosas, cuando los cargos en provisionalidad son ocupados por sujetos de especial protección constitucional, como las mujeres cabeza de familia<sup>82</sup>, *“surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarles un trato preferencial como medida de acción afirmativa”*.

83 La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917/10.

84 Corte Constitucional sentencias T-1011/03; T-951/04; T-031/05; T-267/05; T-1059/05; T-1117/05; T-245/07; T-887/07; T-010 /08; T-437/08; T-087/09 y T-269/09. Así mismo, la

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

Sin embargo, respecto de los funcionarios que ocupan el cargo de provisionalidad y cuentan con una estabilidad laboral reforzada por tratarse de mujeres cabeza de familia, pese a la discrecionalidad de la goza la entidad, la Corte consideró que la entidad tiene la obligación de darles un trato preferencial. Por lo tanto, la Corte, pese a no tutelar los derechos de los accionantes, consideró que:

*“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien en cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.*

(...)

*En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.*

(...)

*En el caso de los provisionales que son sujetos de especial de protección, si bien la Corte **no concederá la tutela** porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, si se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010” (negritas originales).*

88. En línea con lo anterior, esta Corte mediante sentencia C-640 de 2012 declaró fundadas las objeciones Gubernamentales al Proyecto de Ley N° 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, “por la cual se implementa el retén social, que garantiza la estabilidad laboral a grupos vulnerables y se dictan otras disposiciones”, al considerar que pese a que los sujetos de especial protección constitucional, como las mujeres cabeza de familia nombradas en provisionalidad, gozan de un tratamiento preferente, prevalecen los derechos de las personas que ganan un concurso público de méritos. En esa oportunidad, se examinó una norma que disponía la imposibilidad de separar del cargo de carrera a aquel servidor público próximo a pensionarse y a mujeres cabeza de familia que lo ejercía en provisionalidad, pese a haberse surtido el concurso público de méritos. Así, la Corte Constitucional reiteró en que consiste la garantía de los servidores públicos con estabilidad laboral reforzada, en los siguientes términos:

*“Sin embargo, en relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse (a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos), y las personas en situación de discapacidad, nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial. Este, **consiste en prever mecanismos para garantizar que los servidores públicos en las condiciones antedichas, sean los últimos en ser desvinculados cuando existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupan vacantes.** En cualquiera de las condiciones descritas no se otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, pero su condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarles un trato especial.*

(...)

*No resulta factible, que los funcionarios nombrados en provisionalidad, por encontrarse en alguna de las circunstancias de debilidad que la norma objetada prevé ingresen de manera automática a la carrera administrativa, y por ende, gocen de los mismos beneficios y grado de estabilidad que la ley otorga a quienes han superado con éxito el respectivo concurso de méritos”.*

89. A juicio de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en los casos como los planteados en el presente asunto, se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

---

sentencia SU-917/10, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos.

En primer lugar, las personas nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada, por la naturaleza del cargo que desempeñan. Esta misma regla es, en principio, aplicable a las personas nombradas en provisionalidad.

En segundo lugar, a juicio de la Sala Plena, a los cargos de provisionalidad o de libre nombramiento y remoción no le son aplicables reglas de prepensionados o de retén social, menos aún en el caso de profesiones liberales.

Ahora bien, en tercer lugar, cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2° 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<sup>85</sup>. 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.

A continuación se resolverá el caso que superó el examen de subsidiariedad, con el fin de resolver el problema jurídico planteado en la presente sentencia.

(...)

#### ***La accionante informó a la Procuraduría sobre su condición de mujer cabeza de familia***

90. El 27 de julio de 2016, la señora Diana Ortegón Pinzón informó a la Procuraduría General de la Nación acerca de su condición de mujer cabeza de familia.

El 22 de agosto de 2016, la Procuraduría General de la Nación le respondió a la accionante que su condición de mujer cabeza de familia no estaba acreditada toda vez que: (i) uno de sus hijos es mayor de edad y no presenta limitaciones físicas, mentales, u otras situaciones especiales que sean de carácter permanente; (ii) sus hijos están reconocidos por el padre; (iii) no está probado que el padre de sus hijos esté incapacitado física, sensorial o psíquicamente para asumir sus responsabilidades; y (iv) no acreditó el agotamiento de las instancias penales o de familia, a fin de hacer cumplir al padre con sus funciones económicas<sup>86</sup>.

Mediante escrito del 29 de marzo de 2017, la accionante le informó a la Corte Constitucional que no interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo<sup>87</sup>.

#### ***Aplicación de la garantía constitucional (artículo 43, inciso 2, Constitución Política de Colombia) al caso bajo revisión***

91. Considerando todo lo expuesto, la Sala Plena considera que la Procuraduría General de la Nación desconoció algunas de las reglas dispuestas por la Corte Constitucional con relación a la desvinculación de mujeres cabeza de familia que ocupan cargos en provisionalidad con estabilidad laboral reforzada. Para empezar, le asiste razón a la Procuraduría al afirmar que los funcionarios nombrados en propiedad como consecuencia de un concurso de méritos cuentan con un mejor derecho de acceso o permanencia en el cargo que las personas vinculadas en provisionalidad. Sin embargo, a juicio de la Sala Plena, contrario a lo expuesto por la Procuraduría, esta entidad sí contaba con margen de maniobra para reubicar a la señora Diana Ortegón Pinzón,

<sup>85</sup> Ver sentencias C-174/04, T-081/05, T-162/10 y T-803/13, entre otras.

<sup>86</sup> Ver folios del 13 al 15 del cuaderno de primera instancia.

<sup>87</sup> Ver folio 2 del cuaderno de pruebas en sede de revisión, correspondiente al expediente T-5959475.

teniendo en cuenta su condición de mujer cabeza de familia. En efecto, de las pruebas aportadas por la Procuraduría queda demostrado que algunas de las listas de elegibles cuentan con un número menor a los cargos ofertados:

Convocatoria	Número de cargos ofertados	Concursantes en la lista	Cargos excedentes
001-2015	23	21	2
002-2015	31	28	3
005-2015	14	11	3
008-2015	23	7	16
009-2015	3	2	1
012-2015	19	11	8
013-2015	107	91	16
014-2015	14	11	3
<b>Total</b>			<b>52</b>

92. Así, en una primera etapa de nombramientos y posesiones de las personas que integraban la lista de elegibles, la Procuraduría contaba con 52 cargos en los cuales tenía la posibilidad de reubicar a la accionante, previo análisis de sus competencias para el cargo correspondiente.

Ahora bien, una vez agotadas las listas de cada una de las convocatorias, es factible que la Procuraduría ofrezca las 52 plazas a las 408 personas que pese a integrar la lista de elegibles no fueron nombrados en los cargos a los cuales concursaron al agotarse con los ubicados en los primeros lugares de las listas, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en el concurso realizado. En estos términos, dicha evaluación deberá ser analizada por la Procuraduría General de la Nación atendiendo lo dispuesto en la Resolución 040 de 2015, en cada una de las 14 convocatorias y en la legislación vigente.

Lo anterior encuentra sustento en lo dispuesto en el artículo 216 del Decreto 262 de 200088:

*“(…) Efectuados los respectivos nombramientos para proveer los empleos objeto de la convocatoria u otros iguales a éstos, se retirarán de la lista de elegibles los servidores en los que hayan recaído dichos nombramientos, salvo que no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad. El nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía. En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles”<sup>89</sup>.*

Ante tal escenario, la Procuraduría debe prever que los últimos servidores públicos en ser desvinculados de la entidad sean las madres cabeza de familia, cobijadas con estabilidad laboral reforzada, como es el caso de la señora Diana Ortegón Pinzón, pues en este caso concreto se evidenció una afectación a su mínimo vital y cumple las condiciones de la SU-388 de 2005. Reiterando en todo caso, que dicha estabilidad no es absoluta y se agotaría con la imposibilidad fáctica de la entidad de mantenerla en el cargo frente al inminente nombramiento de los funcionarios que conformaron la lista de elegibles.

Con relación a lo anterior, según información suministrada por la misma Procuraduría General de la Nación, para el mes de marzo de 2017, meses después de haber sido desvinculadas las accionantes de la entidad (diciembre de 2016) aún no habían sido ocupados todos los cargos que salieron a concurso. Así, para el 29 de marzo de 2017, el número de cargos asignados a los integrantes de las diferentes listas de elegibles correspondían a: 407 procuradores judiciales II de los 427 ofertados y 253 procuradores judiciales I de los 317 ofertados, para un total de 660 personas posesionada en los 744 cargos ofertados.

93. Por todo lo expuesto, la Corte Constitucional considera que la Procuraduría General de la Nación desconoció la especial protección a la madre cabeza de familia establecida en el inciso 2° del artículo 43 de la CP, vulnerando con ello los derechos fundamentales de la señora Diana Ortegón Pinzón. Reiterando que su condición de sujeto de especial protección constitucional no le otorga un derecho indefinido a permanecer en situación de provisionalidad en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, esta Corte le ordenará a la entidad que, **de ser posible en la actualidad**, dé continuidad a la vinculación de la señora Diana Ortegón Pinzón de forma provisional hasta tanto todas las plazas sean ocupadas por los integrantes de la lista de elegibles.

88 *“Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”.*

89 Ver sentencias C-281/07, C-1148/03, C-942/03 y C-319/10

## II. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

**Primero.-** Levantar los términos suspendidos mediante Auto 308 de 2017.

**Segundo.- CONFIRMAR** la sentencia proferida por la Sala de Decisión de Tutela No. 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 18 de agosto de 2016 que confirmó la sentencia proferida por la Sala de Decisión de Tutela del Tribunal Superior de Bogotá D.C., el 25 de julio de 2016, la cual declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Gloria Inés Gómez Ramírez contra la Procuraduría General de la Nación (Expediente **T-5.761.808**).

**Tercero.- CONFIRMAR** la sentencia proferida por la Sala de Decisión de Tutelas No 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 04 de octubre de 2016, que confirmó la sentencia proferida por la Sala de Decisión de Tutela del Tribunal Superior de Bogotá D.C., el 11 de agosto de 2016, la cual declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por los ciudadanos Luis Hernando Ortiz Valero, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Lida Janeth Pinto Barón, Carlos Arturo Serpa Uribe, Rodrigo Rodríguez Barragán, Irma Susana Rueda Suarez y Carmen Remedios Frías Arismendy contra la Procuraduría General de la Nación (Expediente **T-5.846.142**).

**Cuarto.- REVOCAR** la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 12 de octubre de 2016, que confirmó la sentencia proferida por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, el 29 de agosto de 2016, la cual negó el amparo solicitado por la señora Claudia Ledesma Ibarra contra la Procuraduría General de la Nación. En su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela (**Expediente T-5.858.331**).

**Quinto.- CONFIRMAR** la sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá, el 23 de noviembre de 2016, mediante el cual se concedió el amparo de los derechos de la señora Diana Ortigón Pinzón de manera definitiva. En consecuencia, la Procuraduría General de la Nación dará continuidad a la vinculación ordenada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá en favor de señora Diana Ortigón Pinzón, de ser posible en la actualidad. Dicha vinculación se prolongará hasta tanto el cargo que llegue a ocupar sea provisto en propiedad mediante el sistema de carrera por nombramiento del funcionario que conforma la lista de elegibles o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional.

**Sexto.- LIBRAR** las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes –a través de los juzgado de primera instancia de cada uno de los procesos de tutela–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase