

Valledupar Cesar, 04 de Agosto de 2022.

Señor

JUEZ CIVIL MUNICIPAL DE VALLEDUPAR (REPARTO)

E.

S.

D.

REF: Acción de Tutela para proteger los Derechos Fundamentales a la vida digna, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada.

Accionante: **MARTHA ISABEL HERRERA HERNÁNDEZ,**

Accionado: **FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DE VALLEDUPAR – FONVISOCIAL –ALCALDÍA MUNICIPAL DE VALLEDUPAR.**

MARTHA ISABEL HERRERA HERNÁNDEZ, mayor de edad, Identificada con Cedula de Ciudadanía Número 42.499.191 expedida en Valledupar Cesar, actuando en nombre propio, invocando el artículo 86 de la Constitución Política, acudo ante su Despacho para instaurar **ACCIÓN DE TUTELA** contra **FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DE VALLEDUPAR – FONVISOCIAL –ALCALDÍA MUNICIPAL DE VALLEDUPAR,** con el objeto de que se protejan los derechos constitucionales fundamentales que a continuación enuncio y los cuales se fundamentan en los siguientes hechos:

HECHOS

- a. Soy profesional universitaria en **CONTADURÍA PUBLICA.**
- b. Que ingresé el 3 de mayo de 2005 al **FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DE VALLEDUPAR – FONVISOCIAL,** ubicado en la calle 16 No. 8-25 en Valledupar Cesar, en el **ÁREA FINANCIERA.**
- c. Que durante estos años he demostrado responsabilidad, honestidad y sobre todo compromiso con la ejecución de mi cargo laboral.
- d. Mi estado civil es Casada con el señor **MARIO DE JESÚS PUERTA GOMEZ,** el cual depende económicamente de mis ingresos para su sustento y su alimentación, además del mío propio, al igual que mis dos hijos que viven conmigo y mis nietos.
- e. Cabe mencionar señor Juez, que mi salario es el único medio de sustento sin este recurso no tendría medios para mi sostenimiento y el de mi familia tengo la necesidad de que mi asunto sea tramitado a través de un mecanismo judicial preferente y sumario como lo es el recurso de amparo, para proteger mis derechos.
- f. Que me encuentro en el amparo del **RETEN SOCIAL,** por mi condición de salud y ser la persona de quien depende económicamente mi esposo, hijos y nietos, cumplo con los requisitos para acceder al estatus de **prepensionado,** pues me encuentro en trámites en Colpensiones para la obtención de mi pensión.
- g. Que como funcionaria en el área financiera en provisionalidad tengo conocimiento de manera informal por la gerente y el jefe de personal de la

entidad, que se va a proveer el cargo a quien ganó la plaza mediante concurso de méritos a pesar de mis situaciones especiales.

DERECHOS VULNERADOS

A la vida digna, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Acudo ante su Despacho para solicitar la protección de los derechos mencionados anteriormente, teniendo en cuenta.

1. El Decreto 1083 de 2015¹ respecto al retiro de los provisionales, establece:

*“**ARTÍCULO 2.2.5.3.4.** Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.*

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que los empleados públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

En efecto, la Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial consolidada sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación de los empleados públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la cual fue sentada desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En esta providencia, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta con ocasión de la desvinculación de una mujer madre cabeza de familia, que desempeñaba en provisionalidad el cargo de auxiliar de enfermería, el cual era de carrera. La Corte confirmó las sentencias de instancia, mediante las cuales se ordenaba el reintegro de manera transitoria, mientras la jurisdicción de lo contencioso decidía sobre la legalidad del acto por medio del cual se dispuso su desvinculación. Para tal efecto, la Corte explicó que el derecho a permanecer en un cargo determinado no es fundamental; sin embargo, consideró que, por las particularidades del caso, procedía la acción de tutela para proteger otros derechos fundamentales a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues con base en las circunstancias particulares de la peticionaria se vislumbraba que “la pérdida del trabajo [...] y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo”.

Además, la Corte sostuvo por vez primera que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”.

Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). En esa ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que

todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieren sido motivados. En dicha sentencia la Corte: (i) reiteró la posición sentada por la Corte desde el 1998 referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y (ii) resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativo con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad.

La Sala Plena de la Corte Constitucional señaló en relación con el contenido de la motivación lo siguiente:

*“En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde **motivar los actos**, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.*

“(...)”

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

“(...)”

*“En este orden de ideas, **sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto**”.* (Negrilla fuera de texto)

Concluyó que: *“respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión”.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la **provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo**, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado concreto.

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente

pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos.² En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, 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.³

Por consiguiente, y dada la realización del correspondiente concurso de méritos para la provisión de los empleos de carrera resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales siempre que la misma se efectúe mediante acto administrativo motivado a fin que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y ejerza su derecho de contradicción.

3. Acciones afirmativas en favor de empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales

La Corte Constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.⁴

En efecto, la Corte Constitucional ha reconocido que cuando un empleado ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, *"concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa"*⁵.

Si bien los empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa⁶, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Lo anterior en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución Política, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia

(art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)⁷.

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011⁸, la Corte Constitucional hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación⁹, 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 desvinculación¹⁰. En consecuencia, 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 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.

*“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí** tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i)** las madres y padres cabeza de familia; **ii)** las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 – fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** las personas en situación de discapacidad.*

*“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 una 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” (negritas originales).*

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos:

- (i) La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y
- (ii) La motivación del acto administrativo de desvinculación.

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento.

*"La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010".*¹¹

Respecto al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en una situación especial por el nombramiento en periodo de prueba de quien ha ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, señaló:

"... respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concurra, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas - en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad". (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que un empleado provisional padezca una condición especial y no supere las pruebas para proveer el

empleo que desempeña, deberá ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de mérito que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad por cuanto, la Corte Constitucional refiere que tal discapacidad no exime al empleado para demostrar sus capacidades en igualdad de condiciones.

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia SU- 446 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub sobre el retiro de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados por concurso, refirió:

“En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían los que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.

La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación¹², 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 desvinculación¹³. En consecuencia, 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 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.**

En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: *“... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados”*¹⁴

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí** tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i)** las madres y padres cabeza de familia; **ii)** las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para

obtener la respectiva pensión; y **iii)** las personas en situación de discapacidad.

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 una 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.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

[...]

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." (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con la norma y jurisprudencia anterior, le corresponde a la administración permitir en la medida de sus posibilidades que las personas que sean madres y padres cabeza de familia; que estaban próximas a pensionarse y las personas en situación de discapacidad sean reubicadas donde puedan conservar y progresar en el empleo.

Lo anterior, en consonancia con la sentencia T-595 de 2016 de la Corte Constitucional, en la que analizó la estabilidad laboral reforzada en caso de que la desvinculación sea consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, en la cual señaló que: *"(...) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (...) 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. (...) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos."* (Negrita y subrayado fuera de texto)

En relación con las medidas afirmativas en favor de las personas en situación de discapacidad y el procedimiento a seguir en los casos en que la lista de elegibles para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa esté conformada por un número menor de personas que el de vacantes ofertadas, el Decreto 1083 de 2015¹⁵ consagra:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.2 Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

1. *Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*
2. *Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
3. *Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente Decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
4. *Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.*

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

PARÁGRAFO 2. 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:

1. *Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
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.*
3. *Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
4. *Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.”*

De acuerdo con el Parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, si en un concurso de méritos se convocan cinco (5) cargos y en la lista de elegibles quedan tres (3) personas, 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 enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad, acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia

en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia, ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia y tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

Es importante tener en cuenta que el parágrafo 2 se aplica únicamente 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.

En ningún caso está señalando que el orden de protección se aplique cuando la lista de elegibles, resultante del concurso esté conformada por un número **mayor** de aspirantes al de empleos ofertados a proveer. Por tanto, los empleos vacantes deben proveerse con la lista de elegibles en estricto orden de mérito.

Conclusiones:

El concurso es el proceso que emprende la administración para garantizar una selección objetiva y transparente del aspirante a ocupar un cargo público. Su finalidad es identificar destrezas, aptitud, experiencia, idoneidad moral y condiciones de personalidad de los aspirantes al cargo con un fin específico: determinar su inclusión en la lista de aspirantes, al igual que fijar su ubicación en la misma.

1. La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha enfatizado la importancia de garantizar el efecto útil de los concursos de méritos en virtud de que el querer del constituyente fue implantar un sistema que garantice los derechos de los ciudadanos que desean ingresar a la función pública en igualdad de condiciones, de tal forma que su vinculación dependa únicamente de sus cualidades intelectuales y psicotécnicas.
2. Una vez se ejecutan las etapas del concurso y se publican los resultados, el aspirante que obtiene el primer puesto adquiere el derecho a ocupar el cargo. La conformación de la lista obliga al nominador a seleccionar al mejor de los concursantes.
3. La estabilidad relativa que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como embarazadas, padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.
4. De acuerdo con la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional ha afirmado que cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la Constitución Política (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.
5. Por ejemplo, de existir cargos vacantes similares o equivalentes a los que venían ocupando podrán ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.¹⁹
6. Otra de las medidas afirmativas en favor de las personas en situación de discapacidad se establece en el Decreto 1083 de 2015, el cual consagra el procedimiento a seguir en los casos en que la lista de elegibles para la provisión definitiva de empleos públicos de carrera administrativa esté conformada por un número menor de personas que el de vacantes ofertadas.

2. Sentencia T-084/18

ACCIÓN DE TUTELA PARA SOLICITAR LA APLICACIÓN DEL RETEN SOCIAL-Procedencia

En el escenario específico de quienes alegan su calidad de beneficiarios del denominado "retén social", la jurisprudencia constitucional ha sostenido, de manera reiterada y uniforme, que la acción de tutela es procedente para reclamar dicha condición por dos motivos principalmente: (i) Las personas beneficiarias del "retén social" son sujetos de especial protección que, además, se encuentran en situaciones de particular vulnerabilidad, dado que se trata de madres o padres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad o próximas a pensionarse. (ii) Los efectos del "retén social" se producen dentro del marco de procesos de reestructuración administrativa que culminan rápidamente. Por tanto, la jurisdicción contencioso administrativa no es el mecanismo idóneo ni eficaz para reclamar los beneficios derivados de estos programas pues se hace predecible que para cuando se produzca el fallo contencioso administrativo "la respectiva entidad ya se encuentre liquidada y no se tenga a quien reclamar el reintegro laboral y el pago de los respectivos salarios".

La Sala considera que los funcionarios vinculados en provisionalidad por un período de tiempo determinado, previsto de antemano desde su nombramiento, son titulares de la protección especial derivada del "retén social" y, en esta medida, son beneficiarios de estabilidad laboral reforzada en el curso de los procesos de reestructuración administrativa de las instituciones públicas. No obstante, la entidad respectiva puede desvincular a estos servidores siempre que satisfaga la carga argumentativa requerida para tal efecto, es decir, que justifique plenamente la existencia de razones objetivas del servicio para el retiro de los trabajadores que se encuentran en esta condición.

RETEN SOCIAL-Acción afirmativa que materializa el deber constitucional que tiene el Estado de conceder un trato diferenciado a las mujeres cabeza de familia en estado de debilidad manifiesta. El llamado "retén social" es una acción afirmativa que materializa el deber constitucional que tiene el Estado de conceder un trato diferenciado a las mujeres cabeza de familia que se encuentran en estado de debilidad manifiesta. Además, es uno de los mecanismos previstos por el Legislador para garantizar la estabilidad laboral de las madres y padres cabeza de familia. Esta medida de protección especial deriva directamente de los mandatos constitucionales de protección a la igualdad material y a los grupos poblacionales anteriormente mencionados, dado que podrían sufrir consecuencias especialmente graves con su desvinculación.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DERIVADA DEL RETEN SOCIAL-No es de carácter absoluto. La estabilidad laboral reforzada derivada del llamado "retén social", no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo. Así, en el marco de los ajustes institucionales propios de los procesos de reestructuración de la administración pública, se debe garantizar la permanencia de los servidores públicos que tengan derecho a la protección especial derivada del "retén social".

APLICACIÓN DEL RETEN SOCIAL RESPECTO DE LAS MADRES Y LOS PADRES CABEZA DE FAMILIA-Reglas jurisprudenciales

Corresponde ahora precisar algunas de las principales reglas que ha establecido la jurisprudencia constitucional en la aplicación del denominado "retén social" respecto de la desvinculación de madres o padres cabeza de familia en el marco de ajustes institucionales de la administración: (i)

En los procesos de modificación de la estructura de la administración pública (reestructuración, fusión, o liquidación de entidades, por ejemplo) en los que exista supresión de cargos, las entidades públicas deben observar los parámetros propios de la estabilidad laboral de los servidores públicos beneficiarios del denominado "retén social". (ii) La estabilidad laboral derivada del "retén social" es aplicable tanto para funcionarios de carrera administrativa como para servidores vinculados en provisionalidad, así como para trabajadores oficiales. No obstante, cuando se trata de la permanencia de trabajadores beneficiarios del "retén social" vinculados en provisionalidad por un término definido, la administración puede retirarlos cuando existan razones objetivas del servicio que justifiquen de manera suficiente la desvinculación de dichos funcionarios. (iii) Los trabajadores que alegan ser beneficiarios del "retén social" deben informar oportunamente a su empleador esta circunstancia, so pena de perder su derecho a recibir la protección especial derivada de su condición, en razón de su falta de diligencia. (iv) La estabilidad laboral reforzada de la cual son titulares los beneficiarios del "retén social" cubre tanto al sector central de la administración pública como al descentralizado. Así mismo, es predicable de los servidores públicos vinculados a instituciones del orden nacional y de las entidades territoriales. (v) Las medidas que adopten las entidades públicas en el marco de la aplicación de la protección derivada del denominado "retén social" no pueden implicar un trato discriminatorio entre las personas o grupos que son titulares de especial protección. Por tanto, no sería admisible garantizar la estabilidad laboral de las personas en situación de discapacidad y excluir de protección a los "pre pensionados". (vi) Finalmente, se reitera que la estabilidad laboral originada en el llamado "retén social" no es absoluta. Por tanto, los titulares de esta protección pueden ser desvinculados cuando medie una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada. Además, su estabilidad laboral se materializa mediante el reintegro — siempre y cuando ello se encuentre dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas— y se extiende hasta la terminación definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva o hasta que cesen las condiciones que originan la especial protección.

Procedencia de la acción de tutela^[34].

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

Conforme al artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o algún particular.

Por su parte, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela. Dicha norma establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: (i) a nombre propio; (ii) a través de representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial; o (iv) mediante agente oficioso.

En particular, respecto de la agencia oficiosa, la Corte Constitucional ha manifestado que esta figura encuentra su fundamento en el principio de solidaridad y pretende proteger los derechos fundamentales de las personas por encima de los requisitos procesales, de conformidad con la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales.

De este modo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la agencia oficiosa presenta cuatro elementos característicos: (i) el agente oficioso debe manifestar que actúa como tal; (ii) del escrito de tutela se debe inferir que el

titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela; (iii) la informalidad de la agencia, pues ésta no implica una relación formal entre el agente y el agenciado; y (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso^[35].

En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que la ciudadana Omaira Jaqueline Nandar de la Cruz tiene **legitimación por activa** para formular la acción de tutela de la referencia, toda vez que es una persona natural que reclama la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, presuntamente vulnerados por la entidad accionada^[36].

Ahora bien, es oportuno aclarar que Guillermo Alfonso Pasijojoa Nandar era menor de edad para el momento de la interposición de la acción de tutela, motivo por el cual resultaba válido el uso de la agencia oficiosa para la protección de sus derechos. Sin embargo, una vez cumplida su mayoría de edad, el agenciado concurrió al proceso y aportó pruebas, razón por la cual se entiende ratificado el ejercicio desplegado por su madre, en calidad de agente oficiosa, al inicio del trámite de amparo. En consecuencia, se acredita el requisito de legitimación por activa en relación con el joven Pasijojoa Nandar.

Por su parte, la **legitimación por pasiva** dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso^[37]. Según el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares.

En el asunto de la referencia, se advierte que el Municipio de Ipiales es una entidad territorial y, por tanto, es una autoridad pública con capacidad para ser parte. Por ende, se encuentra legitimado en la causa por pasiva para actuar en este proceso, según los artículos 86 Superior y el 5° del Decreto 2591 de 1991.

Subsidiariedad

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que esta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en los que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad^[38]:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, madres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos^[39].

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial (no simplemente formal) y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo formalmente disponible, la acción puede proceder de forma definitiva.

13. Así, dentro del ordenamiento jurídico colombiano existen varios mecanismos de defensa para salvaguardar los derechos laborales, competencia asignada a las jurisdicciones ordinaria laboral o contencioso administrativa, según el caso. Como consecuencia de ello, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela, en principio, no resulta procedente para solicitar el reintegro de empleados públicos a los cargos que ocupaban, 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^[40].

No obstante lo anterior, este Tribunal 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, en principio, no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados^[41].

Ahora bien, en el escenario específico de quienes alegan su calidad de beneficiarios del denominado “*retén social*”, la jurisprudencia constitucional ha sostenido, **de manera reiterada y uniforme**, que la acción de tutela es procedente para reclamar dicha condición por dos motivos principalmente:

(i) Las personas beneficiarias del “*retén social*” son sujetos de especial protección que, además, se encuentran en situaciones de particular vulnerabilidad, dado que se trata de madres o padres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad o próximas a pensionarse^[42].

(ii) Los efectos del “*retén social*” se producen dentro del marco de procesos de reestructuración administrativa que culminan rápidamente. Por tanto, la jurisdicción contencioso administrativa no es el mecanismo idóneo ni eficaz para reclamar los beneficios derivados de estos programas pues se hace predecible que para cuando se produzca el fallo contencioso administrativo “*la respectiva entidad ya se encuentre liquidada y no se tenga a quien reclamar el reintegro laboral y el pago de los respectivos salarios*”^[43].

Acerca de esta última fundamentación, la Sala recuerda que las características propias de los procesos de reestructuración tanto para la administración como para los trabajadores, implican que resulte necesario acudir a la acción de tutela en este tipo de situaciones, cuando los mecanismos ordinarios sean insuficientes para proteger los derechos fundamentales con la prontitud suficiente. De este modo, aunque no se trate de la supresión o liquidación de una entidad pública, es necesario reconocer que **los procesos de reestructuración también implican un grado importante de celeridad en su ejecución**, por lo que las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo pueden devenir ineficaces en este tipo de casos.

Adicionalmente, pese a que las entidades no desaparecen con posterioridad a su reestructuración, cabe destacar que estos procesos se caracterizan por la supresión de cargos, la modificación de sus funciones y, en general, la reacomodación de la planta de personal de la institución respectiva. Por ende, es necesario resaltar que estos cambios en la estructura de la administración pueden implicar que los medios judiciales ordinarios no resulten idóneos ni efectivos para asegurar las garantías constitucionales de los trabajadores que afirman su pertenencia al retén social, pues es probable que la reorganización administrativa haya concluido y se haya consolidado la reestructuración para el momento en que se produzca la decisión definitiva en sede jurisdiccional.

15. En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido invariablemente que **la acción de tutela es procedente para solicitar la protección derivada del “retén social” en procesos de reestructuración administrativa, aun cuando no se presenta la supresión o liquidación de la entidad pública**. Esta ha sido la *ratio decidendi* que esta Corporación acogió en las sentencias **T-846 de 2005**^[44], **T-724 de 2009**^[45], **T-862 de 2009**^[46], **T-623 de 2011**^[47], **T-802 de 2012**^[48], **T-316 de 2013**^[49] y **T-420 de 2017**^[50], entre otras.

16. En el asunto bajo estudio, se estima que los mecanismos de la jurisdicción contencioso administrativa no gozan de la idoneidad y efectividad suficientes para garantizar la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante Omaira Jaqueline Nandar de la Cruz.

En este sentido, la Sala evidencia que en el presente caso concurren los supuestos que, para la Corte Constitucional, justifican la procedencia de la acción de tutela cuando se alega el desconocimiento de la garantía de estabilidad laboral derivada del denominado “retén social”.

17. Por una parte, **la accionante se encuentra en una situación de vulnerabilidad agravada por la desvinculación de su cargo**, en la medida en que ha debido contraer varias deudas y hasta recurrir a hipotecar sus bienes con el fin de garantizar su propio sustento y la educación de su hijo^[51]. Por otra, es claro que el retiro de la actora se produjo en el marco de un proceso de reestructuración administrativa, de conformidad con la motivación del Decreto 016 de 2017^[52], expedido por la administración municipal de Ipiales.

Sobre este aspecto, es pertinente resaltar que con posterioridad a la decisión de tutela de segunda instancia, la tutelante celebró un contrato de prestación de servicios con la Alcaldía Municipal de Pupiales cuyos honorarios ascendían a un poco más de tres salarios mínimos. No obstante, **este aspecto por sí solo no descarta la procedencia de la acción de tutela**, en la medida en que las

condiciones de vulnerabilidad de la accionante **no pueden ser analizadas en abstracto sino que deben ser consideradas en función de las circunstancias particulares y concretas de la actora**^[53]. Además, se debe resaltar que dicha vinculación ya culminó^[54] y fue temporal^[55] y posterior a la presentación de la acción de tutela.

Por consiguiente, aunque estos recursos económicos hayan podido aliviar temporalmente algunas de las dificultades por las que atraviesa la accionante, la Sala estima que la situación de vulnerabilidad no se superó definitivamente, habida cuenta de las necesidades que tanto la accionante como su hijo demostraron en el proceso. De este modo, persiste el riesgo de que el joven Guillermo Alfonso Pasijojoa Nandar deba suspender o abandonar sus estudios o que la actora vea amenazado o vulnerado gravemente su mínimo vital, en razón de las condiciones económicas que demostró en el expediente^[56].

Por otro lado, se encuentra probado que **el Municipio de Ipiales emprendió un proceso de reestructuración administrativa**. Al respecto, cabe señalar que, como se expuso en párrafos anteriores, este tipo de modificaciones a la estructura de la administración se caracterizan por su celeridad, pues con ellas se busca optimizar el cumplimiento de la función administrativa.

En consecuencia, se acreditan las dos circunstancias que tornan procedente la acción de tutela cuando se alega el desconocimiento de los derechos fundamentales de una persona que afirma ser titular de la protección derivada del “retén social”.

18. Con todo, no puede perderse de vista que las modificaciones legislativas introducidas mediante la Ley 1437 de 2011 para garantizar la protección de los derechos fundamentales en el marco de los procesos contenciosos administrativos, en particular aquellas orientadas a mejorar la efectividad de las medidas cautelares^[57], podrían implicar la improcedencia de la acción de tutela para los casos en los cuales se reclama el desconocimiento de la estabilidad reforzada propia del llamado “retén social”.

No obstante, la Sala advierte que, con posterioridad a la expedición de la Ley 1437 de 2011, la jurisprudencia constitucional ha estimado de manera uniforme y reiterada que la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para discutir la posible vulneración de derechos fundamentales originada en la desvinculación de servidores públicos que alegan ser titulares de estabilidad laboral en el marco de procesos de reestructuración administrativa^[58].

Además, se debe recordar que esta Corporación ha señalado que, pese a “*los importantes cambios legislativos que en materia de medidas cautelares introdujo la Ley 1437 de 2011 (...) la acción de tutela podría proceder, entre otros eventos, (i) cuando la aplicación de las normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos*”^[59].

19. Finalmente, es pertinente resaltar que la supresión del cargo que ocupaba la actora fue comunicada mediante un oficio, en el cual no se informaba acerca de la posibilidad de presentar los recursos respectivos en sede administrativa. En este sentido, aunque la tutelante no agotó tales medios de impugnación, ello no conduce a la improcedencia de la acción de tutela por cuanto: (i) el acto administrativo que desvinculó a la accionante no señaló expresamente que cabían recursos en contra del mismo, con lo

cual se configura la hipótesis prevista en el segundo inciso del numeral 2° del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹⁶⁰¹. Además, se debe tener en cuenta que la solicitante no posee formación jurídica; y (ii) en cualquier caso, de conformidad con el artículo 9° del Decreto 2591 de 1991¹⁶¹¹, no resulta necesario interponer recursos administrativos como requisito previo a la formulación de la acción de tutela.

20. Por consiguiente, la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos fundamentales de la accionante Omaira Jaqueline Nandar de la Cruz y de su hijo Guillermo Alfonso Pasijoa Nandar. En efecto, como lo advirtió el juez de segunda instancia, la Corte Constitucional ha considerado que el amparo es el medio judicial procedente cuando se invoca la protección derivada del “*retén social*”, debido a la celeridad que requieren los procesos de reestructuración de la administración pública.

De este modo, de conformidad con la jurisprudencia constitucional previamente expuesta, la acción de tutela es procedente en el presente caso dado que la tutelante fue desvinculada en el marco de un proceso de reestructuración y alega su condición de mujer cabeza de familia (asunto que es objeto de debate en el proceso de la referencia).

Inmediatez

21. El principio de inmediatez previsto en el referido artículo 86 Superior, es un límite temporal para la procedencia de la acción de tutela. De acuerdo con este mandato, la interposición del amparo debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo¹⁶²¹, toda vez que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales¹⁶³¹. En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha establecido que para acreditar el cumplimiento del requisito de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza y la presentación de la acción de tutela es razonable¹⁶⁴¹.

22. En el asunto de la referencia, el requisito de inmediatez se encuentra verificado toda vez que entre la fecha en que la accionante Omaira Jaqueline Nandar de la Cruz fue notificada de la supresión del cargo que desempeñaba (2 de febrero de 2017, en virtud de la comunicación recibida el día anterior) y el momento en el cual se interpuso la acción de tutela (10 de marzo de 2017), transcurrió un lapso de un mes y ocho días.

23. Con fundamento en lo anterior, se encuentra establecida la procedencia de la acción de tutela en el presente caso. Por tanto, a continuación se presentarán los aspectos de fondo anunciados para pasar a la solución del problema jurídico formulado.

La condición de madre cabeza de familia en el ordenamiento jurídico y los requisitos para acreditarla.

24. Desde sus primeros pronunciamientos, esta Corporación ha destacado que las mujeres cabeza de familia son titulares de una

especial protección constitucional^[65], garantía que se deriva de varias fuentes^[66]:

(i) El principio de igualdad, que implica el deber de reconocer y brindar un trato especial y diferenciado a los grupos de personas que tienen un alto grado de vulnerabilidad o que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y la consecuente obligación del Estado de promover acciones y medidas para que la igualdad sea real y efectiva^[67].

(ii) El mandato constitucional específico contenido en el artículo 43 Superior, según el cual, es deber del Estado apoyar “*de manera especial a la mujer cabeza de familia*”.

(iii) Los instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en cuyo artículo 11 se establece la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación en la esfera del empleo, así como los prejuicios y las funciones estereotipadas de cada uno de los sexos^[68].

(iv) La garantía del derecho de toda persona a recibir protección integral para su grupo familiar, establecido en el artículo 42 de la Constitución Política, así como la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, prevista en el artículo 44 Superior^[69].

25. En razón de lo anterior y en cumplimiento de su deber constitucional de garantizar la igualdad material de los grupos vulnerables o históricamente discriminados, el Legislador ha diseñado e implementado diversas medidas, las cuales se conocen como **acciones afirmativas**^[70]. Particularmente, en el caso de las mujeres cabeza de familia, existen varias normas encaminadas a este propósito^[71].

26. En este sentido, el Congreso de la República expidió la **Ley 82 de 1993**^[72]. En esta normativa, se estableció una definición de mujer cabeza de familia y se incorporaron medidas de protección especial en materia educativa, de seguridad social, apoyo al emprendimiento, acceso a vivienda, entre otros incentivos especiales.

El artículo 2º de la ley reseñada definió a la mujer cabeza de familia como aquella que, sin importar su estado civil, tuviera bajo su cargo “*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*”^[73].

27. La **Ley 1232 de 2008**^[74], reformó la anterior normativa e introdujo dos elementos a la anterior definición: (i) precisó que la mujer cabeza de familia es quien ejerce la “*jefatura femenina del hogar*” y (ii) señaló que aquella puede tener personas a cargo en el plano económico, social o afectivo. Adicionalmente, fortaleció las medidas de protección en favor de las mujeres cabeza de familia.

28. En suma, esta Corporación ha establecido que “*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”^[75].

29. Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado que algunas acciones afirmativas que se diseñaron para beneficiar a las mujeres cabeza de familia también son aplicables a los hombres que se encuentran a cargo de hijos menores de edad o en situación de discapacidad^[76].

Sin embargo, el fundamento de dicha extensión **no radica en el principio de igualdad**, en la medida en que la situación de las mujeres cabeza de familia no es equiparable a la de los hombres que se encuentran en esta misma condición, como lo ha establecido este Tribunal^[77].

En efecto, la Corte ha considerado que el Legislador está facultado para establecer acciones afirmativas exclusivamente en favor de las mujeres cabeza de familia pues, *“si todos los beneficios que se establecen para la mujer cabeza de familia debieran otorgarse al hombre que se encuentra en la misma situación, ningún efecto tendría entonces la protección especial ordenada por el Constituyente para la mujer cabeza de familia”*^[78].

No obstante, la prevalencia de los derechos de los niños y la especial protección de las personas en situación de discapacidad exigen que aquellas acciones afirmativas en favor de las mujeres cabeza de familia que también se orientan a la salvaguarda de los sujetos vulnerables a su cargo, deban extenderse igualmente a los padres cabeza de familia^[79]. Lo anterior, por cuanto *“no es posible establecer una diferencia entre los hijos que dependen de la mujer cabeza de familia frente a los que dependen del hombre”*^[80] que se encuentra en una situación fáctica similar.

30. En este orden de ideas, es claro que **la condición de mujer cabeza de familia presenta características particulares** que se derivan del contexto histórico de la desigualdad entre ambos sexos, por lo cual tiene connotaciones diversas a la situación de los hombres que ejercen la jefatura del hogar de manera exclusiva.

Sin embargo, desde el punto de vista de los derechos de los niños, niñas, adolescentes, personas en situación de discapacidad y otros sujetos vulnerables que dependen de la persona cabeza de familia, sería contrario a la Constitución establecer diferencias de trato entre los hogares, fundadas en el sexo de la persona que se encuentra a cargo de la familia.

Por lo tanto, en atención al principio de igualdad respecto de los menores de edad y sus derechos prevalentes, la Corte Constitucional ha extendido a los padres cabeza de familia varias medidas de protección que el Legislador adoptó para las mujeres cabeza de familia, entre ellas la inclusión en el denominado *“retén social”*.

31. Corresponde ahora abordar los elementos de la definición de madre cabeza de familia desarrollados por la jurisprudencia constitucional, a partir del concepto establecido en la ley.

Al respecto, es indispensable aclarar —como lo ha hecho la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos^[81]— que **no toda mujer, por el hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar, ostenta la calidad de cabeza de familia**, pues para tener tal condición se requiere la constatación de varios elementos^[82], los cuales se enuncian en los párrafos siguientes.

32. En primer lugar, se requiere que la mujer **tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas "incapacitadas" para trabajar**, exigencia respecto de la cual la Corte Constitucional ha formulado varias precisiones:

- i) Esta noción implica que la madre cabeza de familia es quien brinda un sustento económico, social o afectivo al hogar, de modo que aquella debe cumplir con sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención con los sujetos a cargo^[83].
- ii) Igualmente, la Corte Constitucional^[84] y la Corte Suprema de Justicia^[85] han explicado que se consideran mujeres cabeza de familia aquellas que, aun cuando no ejercen la maternidad por no tener hijos propios, se hacen cargo de sus padres o de personas muy allegadas siempre y cuando ellas constituyan el "núcleo y soporte exclusivo de su hogar".
- iii) Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que una mujer no pierde su condición de *cabeza de familia* por el hecho de que las personas a su cargo alcancen la mayoría de edad^[86]. De este modo, cuando se trata de hijos mayores de edad pero menores de 25 años que se encuentran estudiando, esta Corporación ha considerado que siguen siendo dependientes de la madre cabeza de familia^[87].

33. En segundo lugar, se requiere que **la responsabilidad exclusiva** de la mujer en la jefatura del hogar **sea de carácter permanente**. Es por esta razón que *"la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia"*^[88].

Aunado a ello, se debe destacar que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realice, es un valioso apoyo para la familia y debe ser tenido en cuenta como aporte social. En esa medida, dado que existen otras formas de colaboración en el hogar, la ausencia de un ingreso económico fijo para una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia^[89].

34. En tercer lugar, es necesario que exista una auténtica **sustracción de los deberes legales de manutención** por parte del progenitor de los menores de edad que conforman el grupo familiar. Esta situación puede ocurrir, bien cuando la pareja abandona el hogar y, además, omite el cumplimiento de sus deberes como progenitor—o bien, cuando no asume la responsabilidad que le corresponde debido a un motivo externo a su voluntad *"como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte"*^[90].

Acerca de la sustracción de los deberes legales del progenitor de los hijos a cargo, esta Corporación ha señalado que no es admisible exigir a la madre o al padre cabeza de familia el inicio de las acciones legales correspondientes en contra del progenitor para demostrar este requisito. Lo anterior, por cuanto no existe tarifa legal para probar este hecho y, por ende, *"las autoridades no están autorizadas a exigir un medio de convicción específico que evidencie la sustracción del padre de sus deberes legales"*^[91].

En cuarto lugar, se requiere que haya una **deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia**, lo cual implica la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Adicionalmente, es necesario resaltar que existe una regla de interpretación para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que la condición de madre cabeza de familia **no depende de una formalidad jurídica sino de las circunstancias materiales que la configuran**.

Así, por ejemplo, este Tribunal ha determinado que la declaración ante notario acerca de la condición de mujer cabeza de familia, prevista en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 82 de 1993^[92], no es constitutiva de dicha calidad ni es una exigencia probatoria indispensable para acreditarla^[93]. En similar sentido, esta Corporación ha señalado que el estado civil es irrelevante al momento de determinar si una mujer tiene la condición de cabeza de familia, pues lo decisivo son las circunstancias materiales^[94].

Por consiguiente, corresponde al operador jurídico en el caso concreto valorar las condiciones de quien alega su condición de mujer cabeza de familia, sin que dicha calidad pueda determinarse exclusivamente por el cumplimiento de alguna formalidad.

En este orden de ideas, conviene resaltar que el análisis probatorio que ha llevado a cabo la Corte Constitucional para establecer que una persona reúne las condiciones necesarias para considerarse madre o padre cabeza de familia de conformidad con el ordenamiento jurídico, se ha fundamentado en distintos medios de convicción, entre los cuales se encuentran con frecuencia las declaraciones extraprocesales de los solicitantes y personas allegadas así como sus manifestaciones dentro del proceso de tutela y los procedimientos administrativos adelantados por las entidades respectivas^[95]. También, se han valorado los certificados de estudios de los hijos a cargo menores de 25 años y la copia del documento de identificación de estos últimos^[96].

Finalmente, la Corte Constitucional ha sostenido que la constatación de los requisitos para acreditar la calidad de madre o padre cabeza de familia **deberá adelantarse en el marco de un procedimiento administrativo con respeto al derecho al debido proceso**, *“en el cual la autoridad respectiva valore todas las pruebas que se someten a su consideración y que le permitan decidir con certeza que las trabajadoras [o trabajadores] no cumplen con las condiciones para ser considerados madres o padres cabeza de familia”*^[97].

Esta conclusión se fundamenta, a su turno, en dos razones. Por una parte, en el mandato previsto en el artículo 29 Superior, de conformidad con el cual “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Por otra, en la especial protección constitucional de la cual son titulares las madres y padres cabeza de familia, quienes pueden quedar en situación de vulnerabilidad en caso de perder su empleo^[98].

38. Ahora bien, en cuanto al contenido del derecho fundamental al debido proceso, este Tribunal ha expresado que, entre las garantías que conforman el núcleo esencial del debido proceso se encuentran *“el derecho al juez natural, el derecho a un proceso público, el derecho a la independencia e imparcialidad del*

juez, el derecho a presentar pruebas y controvertirlas, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, y el derecho a la defensa entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable”^[99].

Igualmente, en relación con el contenido del debido proceso administrativo, la Corte ha distinguido entre las **garantías previas y posteriores** que implica el derecho al debido proceso. Las *garantías mínimas previas* son aquellas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras.^[100] De otro lado, las *garantías mínimas posteriores* se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.^[101]

39. También, esta Corporación ha señalado que, en el marco de procesos de modificación de su estructura administrativa, cuando las entidades públicas deciden llevar a cabo procedimientos para asegurar la protección especial a los servidores que son titulares del “*retén social*”, deben observar rigurosamente los parámetros que la Corte Constitucional ha fijado en tales casos, con el propósito de garantizar la igualdad material^[102].

40. En consecuencia, de conformidad con lo expuesto anteriormente, existe un mandato constitucional y legal de protección especial a la mujer cabeza de familia, el cual ha sido implementado mediante acciones afirmativas orientadas al logro de la igualdad material entre ambos sexos. No obstante, algunas de estas medidas pueden extenderse también a los padres cabeza de familia, en razón del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y con fundamento en la garantía de los derechos de las personas en situación de discapacidad.

Así pues, **la condición de madre cabeza de familia requiere la confluencia de los siguientes elementos**, a saber: (i) que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas “*incapacitadas*” para trabajar^[103]; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso.

Protección especial de las personas cabeza de familia en el marco de los procesos de restructuración administrativa y las condiciones para pertenecer al denominado “*retén social*”.

41. De conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política, la administración pública está al servicio del interés general y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía y celeridad, entre otros.

Por consiguiente, el cumplimiento de los fines del Estado exige una actividad permanente de los órganos que ejercen la función administrativa y, por tanto, es natural que existan procesos de reforma institucional con el fin de adaptar la estructura de la administración a las necesidades sociales, entre las que se encuentran: la adecuada garantía de la prestación de los servicios públicos, la sostenibilidad económica y la eficiencia de la administración pública^[104].

En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que los procesos de reestructuración pueden tener intensidades distintas, cuyos efectos inciden en mayor o menor medida según el caso. No obstante, siempre debe tenerse en cuenta que estas transformaciones originan múltiples consecuencias tanto para los trabajadores como para la comunidad en general^[105].

42. Con todo, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que los procesos de reestructuración administrativa no pueden desconocer los derechos de los trabajadores, especialmente cuando se trata de servidores que, por sus condiciones particulares, se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad que, a su vez, dificulta su inserción en el mercado laboral una vez son desvinculados de su empleo^[106].

Así, cuando la supresión de cargos en el marco de los procesos de reestructuración involucra los derechos de trabajadores que pueden resultar perjudicados en mayor grado con tales decisiones administrativas, se deben tomar medidas para garantizar la especial protección de la cual son titulares dichas personas, con fundamento en los artículos 13, 43, 46 y 47 de la Constitución.

43. Ahora bien, como se expresó anteriormente, el Legislador ha adoptado diversas acciones afirmativas en cumplimiento de su deber de garantizar la igualdad material de las madres cabeza de familia. En particular, una de las medidas más importantes que ha expedido el Congreso de la República en esta materia es el artículo 12 de la Ley 790 de 2002^[107], en el cual se estableció la política comúnmente denominada “*retén social*” en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP).

Es pertinente destacar que la Ley 790 de 2002 fue expedida dentro del marco de un proceso de modernización de la administración pública, que tenía como objetivo crear, suprimir y fusionar diversas entidades públicas del orden nacional. Sin embargo, el Legislador decidió incorporar mecanismos de protección de los derechos de algunos trabajadores que, debido a sus especiales condiciones, podrían resultar gravemente perjudicados durante el proceso de reestructuración.

Por consiguiente, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 dispone que, de conformidad con la reglamentación establecida por el Gobierno Nacional, **no podrán ser retirados** en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP): (i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica^[108], (ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y (iii) las personas próximas a pensionarse.

44. A su vez, el Decreto 190 de 2003 reglamentó la Ley 790 de 2002, el cual estableció las principales condiciones para el ejercicio de la protección especial consagrada en la norma legal. Particularmente, en relación con las madres cabeza de familia, el citado decreto definió, para los efectos de la citada ley: (i) el concepto de madre cabeza de familia sin alternativa

económica^[109]; (ii) el trámite para acreditar la referida condición^[110]; y (iii) la duración de la estabilidad laboral reforzada^[111], la cual se circunscribe al tiempo en el cual persistan las circunstancias que la originan.

45. Igualmente, es oportuno aclarar que en la **sentencia C-991 de 2004**, se declaró la inexecutable del límite temporal establecido para la protección derivada del “retén social” pues la Corte Constitucional estimó que se trataba de una medida desproporcionada con sujetos en condiciones de debilidad manifiesta que, además, desconocía la prohibición de retroceso en materia de derechos económicos, sociales y culturales^[112].

46. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Constitucional ha estimado que la protección de las mujeres cabeza de familia en el marco de procesos de reestructuración es un “*mandato constitucional y por tanto no puede limitarse su aplicación a las precisas circunstancias de la Ley 790 de 2002*”^[113]. En este orden de ideas, esta Corporación ha reconocido que la protección a la mujer por su especial condición de madre cabeza de familia es de origen supralegal^[114]. Por lo tanto, la estabilidad laboral derivada del retén social no se restringe a la modificación de la estructura de la administración en el orden nacional o en el nivel central de la Rama Ejecutiva^[115].

47. Así las cosas, ha dicho la Corte que el denominado “retén social” “es uno de los mecanismos para proteger la estabilidad laboral reforzada”^[116] de los grupos de servidores públicos que, por sus condiciones de especial vulnerabilidad, son titulares de esta protección. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el llamado “retén social” es apenas una de las medidas que puede garantizar los derechos fundamentales involucrados en la permanencia en el empleo público de los trabajadores próximos a pensionarse, de las personas cabeza de familia y de las personas en situación de discapacidad^[117].

48. Con todo, es importante resaltar que la protección especial prevista en el ordenamiento jurídico para las madres y los padres cabeza de familia en el marco de los procesos de reestructuración **no es ilimitada ni absoluta**^[118]. Por el contrario, esta Corporación ha considerado que la estabilidad laboral que se deriva del “retén social” tiene dos restricciones principales^[119]:

(i) Por una parte, los servidores públicos que se encuentran cobijados por la garantía de estabilidad laboral como consecuencia del denominado “retén social” pueden ser desvinculados siempre que exista una **justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada**^[120]; y

(ii) Por otra parte, la estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos derivada del “retén social” se extiende hasta la terminación definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva^[121] o hasta que cesen las condiciones que originan la especial protección^[122].

En consecuencia, ha dicho la Corte, “la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado retén social, no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo”^[123]. De esta

manera, se armoniza la garantía de la igualdad material de los trabajadores cobijados por el “retén social” y los principios de la función administrativa que justifican los procesos de reestructuración en el sector público.

49. En consecuencia de lo anterior, en cuanto al **alcance de la protección derivada del denominado “retén social”**, debe señalarse que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de las madres cabeza de familia en el marco de esta política “consiste en ordenar su reintegro y dejar sin efecto las indemnizaciones reconocidas”^[124]. De hecho, ha sostenido la Corte que “el pago de la indemnización debe ser concebida como la última alternativa para reparar el daño derivado de la liquidación de la empresa, por cuanto corresponde al derecho en cabeza de todos los servidores públicos y no sólo de los sujetos de especial protección”^[125].

50. No obstante, la Corte Constitucional también ha reconocido que la protección especial derivada del “retén social” **“sólo puede ser extendida hasta que haya posibilidades fácticas y jurídicas de otorgarla”** ^[126]. Por ende, es indispensable tener en cuenta las limitaciones propias de los procesos de reestructuración, fusión o liquidación de entidades y se deben ponderar los principios constitucionales de la función administrativa con la especial protección de la que son titulares los servidores públicos beneficiarios del “retén social”.

En razón de lo anterior, **en el marco del “retén social”, esta Corporación ha acudido a dicha ponderación en los siguientes escenarios:**

(i) *Cuando se pretende el reintegro a una entidad cuyo proceso de liquidación ya ha concluido.* En estos casos, ante la terminación de la existencia jurídica de la institución correspondiente, no procede ordenar el reintegro sino el pago—de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación hasta la liquidación definitiva de la empresa^[127].

(ii) *En el caso de los “prepensionados”, cuando se trata de procesos liquidatorios, la Corte Constitucional ha establecido que “la orden no puede ser el reintegro del trabajador al cargo que desempeña”,* pues es lógico que en desarrollo del proceso liquidatorio se supriman paulatinamente los puestos de trabajo existentes, haciéndose innecesario, por consiguiente, mantener el mismo número de empleados o funcionarios en la planta de personal de la institución en liquidación^[128]. Por consiguiente, en un ejercicio de armonización de los principios implicados^[129], la Corte determinó que, una vez suprimido el cargo, además del pago de las prestaciones e indemnizaciones laborales correspondientes, se debía garantizar el pago de los aportes al régimen pensional respectivo hasta tanto se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión de vejez^[130].

(iii) *Finalmente, en los procesos de reestructuración, cuando se suprime el cargo que ocupa una persona beneficiaria del denominado “retén social” y en la nueva planta de la entidad no existe un cargo igual o equivalente, por lo que el reintegro se torna imposible.* En estos supuestos, corresponde el pago de las acreencias laborales correspondientes y, si se trata de servidores de

carrera administrativa, se debe sufragar la indemnización prevista en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004^[131].

51. Igualmente, debe advertirse que la Corte Constitucional ha estimado que la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado “*retén social*” es una protección que “*depende o está en función, en cualquier escenario, de la naturaleza del vínculo o la causa y el contexto de su terminación*”^[132]. Por ende, el alcance de esta figura debe analizarse **en atención a la naturaleza y los elementos esenciales del vínculo laboral establecido entre la administración y los servidores públicos.**

De este modo, en aplicación de dicha regla jurisprudencial, esta Corporación ha sostenido que: (i) la protección originada en el llamado “*retén social*” no se extiende a los servidores públicos que ocupan cargos en la planta de personal temporal de las entidades públicas^[133]; (ii) por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo

5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada^[134]; y (iii) cuando se trata de servidores públicos que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa y que pertenecen a alguno de los grupos titulares de la especial protección derivada del “*retén social*”, el amparo de la estabilidad laboral reforzada prospera únicamente si existe un margen de maniobra para la administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas efectivamente proveídas mediante la lista de elegibles correspondiente^[135].

52. Así las cosas, como fue expuesto en los fundamentos jurídicos 48 a 51 de la presente decisión, la Corte Constitucional ha considerado que la protección derivada del “*retén social*” no es absoluta ni ilimitada. Por tanto, dado que dicha salvaguarda sólo puede garantizarse en el marco de las posibilidades fácticas y jurídicas de otorgarla, resulta indispensable ponderar los principios de la función administrativa (y, a partir de ellos, las circunstancias propias de los procesos de reestructuración de la administración) con los derechos fundamentales de los titulares de la protección laboral reforzada.

De este modo, se reitera la regla jurisprudencial que indica que **la desvinculación de los trabajadores del “retén social” puede ocurrir cuando se presenten causales objetivas** que no tengan relación con la condición que precisamente origina su protección especial, como la existencia de una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada, la conclusión definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva o el cese de las condiciones que originan la especial protección.

53. A continuación, la Sala se referirá al caso particular de los servidores públicos **vinculados en provisionalidad por un período de tiempo determinado**, previsto desde su nombramiento. En este tipo de casos, se estima que estos funcionarios son titulares de la protección derivada del “*retén social*”. Sin embargo, la entidad correspondiente está facultada para desvincularlos **siempre que existan razones objetivas del servicio que justifiquen de manera suficiente el retiro de dichos funcionarios en cada caso particular.** Como es evidente, en tales casos no bastará con que se afirme la existencia de un proceso de reestructuración o liquidatorio.

Esta precisión se sustenta en que la vinculación de funcionarios en provisionalidad por un período establecido obedece a unas lógicas temporales y de necesidades concretas del servicio que pueden desaparecer. Por tanto, resultaría desproporcionado que se obligara a la entidad pública a mantener una relación laboral, que desde un principio se sujetó a un plazo determinado, cuando se extinguieron completamente las razones que justifican la permanencia del trabajador vinculado en provisionalidad.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los servidores públicos que se encuentran en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral que ha denominado como *relativa o intermedia*, en la medida en que no se puede asimilar completamente a aquella a la cual tienen derecho los funcionarios de carrera administrativa^[136].

Con todo, es indispensable resaltar que, en cualquier caso, la carga argumentativa de demostrar plenamente que existen razones objetivas del servicio, que justifican con suficiencia la desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad por un término definido, recae en la administración.

EN CONSECUENCIA, LA SALA CONSIDERA QUE LOS FUNCIONARIOS VINCULADOS EN PROVISIONALIDAD POR UN PERÍODO DE TIEMPO DETERMINADO, PREVISTO DE ANTEMANO DESDE SU NOMBRAMIENTO, SON TITULARES DE LA PROTECCIÓN ESPECIAL DERIVADA DEL “RETÉN SOCIAL” Y, EN ESTA MEDIDA, SON BENEFICIARIOS DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN EL CURSO DE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS. NO OBSTANTE, LA ENTIDAD RESPECTIVA PUEDE DESVINCULAR A ESTOS SERVIDORES SIEMPRE QUE SATISFAGA LA CARGA ARGUMENTATIVA REQUERIDA PARA TAL EFECTO, ES DECIR, QUE JUSTIFIQUE PLENAMENTE LA EXISTENCIA DE RAZONES OBJETIVAS DEL SERVICIO PARA EL RETIRO DE LOS TRABAJADORES QUE SE ENCUENTRAN EN ESTA CONDICIÓN.

De esta manera, se protegen adecuadamente los derechos fundamentales de los funcionarios públicos que se encuentran en la situación referida, pues para su desvinculación por razones del servicio no basta con la existencia de un proceso de reestructuración, sino que se debe justificar debidamente que, en el caso concreto, existen razones objetivas para el retiro del servidor público titular de la protección especial derivada del “retén social”.

54. En suma, el llamado “retén social” es una acción afirmativa que materializa el deber constitucional que tiene el Estado de conceder un trato diferenciado a las mujeres cabeza de familia que se encuentran en estado de debilidad manifiesta^[137]. Además, es uno de los mecanismos previstos por el Legislador para garantizar la estabilidad laboral de las madres y padres cabeza de familia. Esta medida de protección especial deriva directamente de los mandatos constitucionales de protección a la igualdad material y a los grupos poblacionales anteriormente mencionados, dado que podrían sufrir consecuencias especialmente graves con su desvinculación.

No obstante, la estabilidad laboral reforzada derivada del llamado “retén social”, no es de carácter absoluto, pues no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en el mismo. Así, en el marco de los ajustes institucionales propios de los procesos de reestructuración de la administración pública, se debe garantizar la permanencia de los servidores públicos que tengan derecho a la protección especial derivada del “retén social”, en los términos señalados en los párrafos anteriores.

Reglas jurisprudenciales sobre la aplicación del denominado “retén social” respecto de las madres y los padres cabeza de familia.

55. Con fundamento en las consideraciones precedentes, corresponde ahora precisar algunas de las principales reglas que ha establecido la jurisprudencia constitucional en la aplicación del denominado “retén social” respecto de la desvinculación de madres o padres cabeza de familia en el marco de ajustes institucionales de la administración:

(i) En los procesos de modificación de la estructura de la administración pública (reestructuración, fusión, o liquidación de entidades, por ejemplo) en los que exista supresión de cargos, las entidades públicas deben observar los parámetros propios de la estabilidad laboral de los servidores públicos beneficiarios del denominado “retén social” ^[138].

(ii) La estabilidad laboral derivada del “retén social” es aplicable tanto para funcionarios de carrera administrativa como para servidores vinculados en provisionalidad, así como para trabajadores oficiales ^[139].

No obstante, cuando se trata de la permanencia de trabajadores beneficiarios del “retén social” vinculados en provisionalidad por un término definido, la administración puede retirarlos cuando existan razones objetivas del servicio que justifiquen de manera suficiente la desvinculación de dichos funcionarios.

(iii) Los trabajadores que alegan ser beneficiarios del “retén social” deben informar oportunamente a su empleador esta circunstancia, so pena de perder su derecho a recibir la protección especial derivada de su condición, en razón de su falta de diligencia ^[140].

(iv) La estabilidad laboral reforzada de la cual son titulares los beneficiarios del “retén social” cubija tanto al sector central de la administración pública como al descentralizado ^[141]. Así mismo, es predicable de los servidores públicos vinculados a instituciones del orden nacional y de las entidades territoriales ^[142].

(v) Las medidas que adopten las entidades públicas en el marco de la aplicación de la protección derivada del denominado “retén social” no pueden implicar un trato discriminatorio entre las personas o grupos que son titulares de especial protección. Por tanto, no sería admisible garantizar la estabilidad laboral de las personas en situación de discapacidad y excluir de protección a los “pre pensionados” ^[143].

(vi) Finalmente, se reitera que la estabilidad laboral originada en el llamado “retén social” no es absoluta. Por tanto, los titulares de esta protección pueden ser desvinculados cuando medie una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada. Además, su estabilidad laboral se materializa mediante el reintegro —siempre y cuando ello se encuentre dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas— y se extiende hasta la terminación definitiva del proceso liquidatorio de la entidad respectiva o hasta que cesen las condiciones que originan la especial protección ^[144].

Aplicabilidad al caso de la accionante Omaira Jaqueline Nandar de la Cruz de la protección especial derivada del denominado “retén social”.

74. Ahora bien, corresponde a la Sala Sexta de Revisión establecer si la accionante tiene derecho a la protección derivada del llamado “retén social”, dada su condición de madre cabeza de

familia, que ha sido constatada por la Sala de conformidad con lo expuesto en los párrafos anteriores.

75. En este sentido, la Sala expondrá, con base en las consideraciones formuladas en los acápites anteriores^[174], únicamente las reglas de decisión que se consideran **aplicables al caso concreto**:

(i) La protección de las mujeres cabeza de familia en el marco de procesos de reestructuración es "*un mandato constitucional*"^[175]. Por ende, su aplicación va más allá de las precisas circunstancias de la Ley 790 de 2002.

(ii) Las entidades públicas que se encuentran en procesos de modificación de la estructura de la administración (reestructuración, fusión, o liquidación de entidades, por ejemplo) deben aplicar las medidas propias del "*retén social*", en los términos establecidos por la jurisprudencia constitucional.

(iii) La estabilidad laboral derivada del "*retén social*" es aplicable para servidores vinculados en provisionalidad. Sin embargo, es pertinente aclarar que cuando se trata de funcionarios nombrados en provisionalidad por un período de tiempo previamente delimitado, el alcance de la protección es diferente, en razón del carácter temporal que, de antemano, tenía la relación laboral.

(iv) La protección especial originada en el "*retén social*" cobija también a los servidores públicos vinculados a las entidades territoriales.

(v) Los trabajadores que alegan ser beneficiarios del "*retén social*" deben informar oportunamente a su empleador esta circunstancia, so pena de perder su derecho a recibir dicha protección especial.

76. En este sentido, se observa que el Municipio de Ipiales es una entidad territorial que llevó a cabo un proceso de modernización y reestructuración, en el marco del cual expidió el Decreto 016 del 31 de enero de 2017^[176]. Dicho acto administrativo suprimió de la planta de personal varios cargos, entre ellos el que desempeñaba la accionante, quien se encontraba vinculada en provisionalidad.

77. A partir del marco fáctico anterior, la Sala estima que la protección especial derivada del denominado "*retén social*" es aplicable al caso de la accionante. Dicha conclusión se sustenta en los siguientes razonamientos:

(i) El derecho a la estabilidad laboral reforzada de la accionante no se deriva de la Ley 790 de 2002.

(ii) El Municipio de Ipiales llevó a cabo un proceso de modernización y reestructuración.

(iii) La accionante se encontraba vinculada en provisionalidad por un término definido. En efecto, fue nombrada en provisionalidad por un lapso de seis meses en el cargo de "*Profesional Universitario Código 219, Nivel 2, Grado 2*". Dicho nombramiento fue prorrogado por un período idéntico^[177]. En este sentido, la Sala observa que el acto administrativo que comunicó la supresión del cargo a la actora se limitó a manifestar esta circunstancia sin presentar de manera

suficiente las razones del servicio que justificaban su retiro, en los términos de la parte motiva de esta providencia. Por tanto, es pertinente resaltar que la entidad accionada pudo haber desvinculado a la tutelante, si hubiera cumplido con la carga argumentativa respectiva, habida cuenta de la condición de servidora pública vinculada en provisionalidad por un plazo determinado. (iv) El Municipio de Ipiales es una entidad territorial.

(v) La actora informó oportunamente acerca de su calidad de madre cabeza de familia, toda vez que remitió, dentro de los plazos indicados por la entidad, la documentación requerida por la institución demandada^[178].

78. Finalmente, el deber del Municipio de Ipiales de aplicar medidas para garantizar la estabilidad laboral reforzada de las personas cabeza de familia tiene una fuente adicional: **la propia entidad territorial decidió llevar a cabo un procedimiento para identificar a los posibles titulares de la protección especial derivada del “retén social”**. Por consiguiente, en virtud del principio de buena fe y la prohibición de desconocer los actos propios^[179], la parte accionada tenía la obligación de respetar la estabilidad laboral reforzada para aquellos servidores que, como en el caso de la accionante, acreditaran debidamente las calidades para ser beneficiarios de la estabilidad laboral referida.

Además, la jurisprudencia constitucional ha destacado que, cuando las entidades públicas, en el marco de procesos de modificación de su estructura administrativa, deciden llevar a cabo procedimientos para garantizar la protección especial a los servidores que son titulares del llamado “retén social”, deben observar rigurosamente los parámetros que la Corte Constitucional ha fijado en tales casos, con el propósito de garantizar la igualdad material^[180].

79. Con fundamento en lo anterior, se concluye que la accionante tiene la condición de madre cabeza de familia y que es titular de la protección derivada del denominado “retén social” debido a las circunstancias en las que ocurrió su desvinculación.

Conclusiones y órdenes a proferir

80. La Sala Sexta de Revisión considera que la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales de la accionante y de su hijo al suprimir el cargo que desempeñaba la actora sin garantizar la protección especial a la que tenía derecho en su condición de madre cabeza de familia, dentro del denominado “retén social”.

81. Para fundamentar la conclusión anterior, la Corte Constitucional verificó que la tutelante acredita la condición de madre cabeza de familia, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, toda vez que: (i) tiene a su cargo la responsabilidad de su hijo que, aunque es mayor de edad, actualmente cursa estudios universitarios por lo que es una persona dependiente de ella; (ii) la responsabilidad de la actora en la jefatura del hogar es permanente y exclusiva; (iii) existe una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte del padre de su hijo; y (iv) existe una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. Posteriormente, se analizó si resultaba aplicable la protección especial derivada del denominado “retén social” al caso de la accionante y se estableció que el Municipio de Ipiales debía respetar la condición de la tutelante

como madre cabeza de familia en el marco del proceso de reestructuración llevado a cabo mediante Decreto 016 del 31 de enero de 2017.

82. En este orden de ideas, dado que la accionante tiene la calidad de madre cabeza de familia y en su caso es aplicable la protección derivada del denominado “*retén social*”, la Sala **revocará** la decisión de segunda instancia para, en su lugar, **conceder** de manera definitiva la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la seguridad social.

Como consecuencia de ello, se ordenará al Municipio de Ipiales que, dentro del término de cinco (5) días, **reintegre** a la accionante, si ella así lo desea, a un cargo de iguales o mejores condiciones al que ocupaba, sin solución de continuidad desde el 2 de febrero de 2017. En relación con la orden de reintegro, la Sala advierte que la entidad accionada en ningún momento alegó la existencia de una imposibilidad fáctica o jurídica para que la accionante fuera incorporada a un cargo igual, equivalente o de mejores condiciones. Por tanto, se estima que esta medida, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, es la que protege de mejor manera los derechos fundamentales de la accionante y de su hijo. No obstante, se observa que la accionante fue vinculada en provisionalidad por un término de seis meses y dicho nombramiento fue prorrogado por un período idéntico. En este sentido, resulta forzoso precisar que la tutelante podrá ser desvinculada por la entidad accionada siempre y cuando (i) exista una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada; (ii) cesen las condiciones que originan la especial protección; y (iii) existan razones objetivas del servicio que justifiquen de manera suficiente la desvinculación de la funcionaria en particular, caso en el cual la carga argumentativa recae en la administración.

83. Así mismo, se dispondrá que la entidad accionada **reconozca y pague** a la accionante todos los salarios y prestaciones sociales a las cuales tenía derecho desde la fecha en la cual fue desvinculada y hasta el momento en que sea efectivamente incorporada a la nómina de la entidad. Sin embargo, la Sala advierte que el pago de la compensación tiene origen en el despido de la peticionaria, razón por la cual la señora Nandar de la Cruz debe, a su turno, **reintegrar** a la administración municipal el dinero que le fue cancelado a título de indemnización.

En tal sentido, el Municipio de Ipiales deberá adelantar el cruce de cuentas correspondiente y, en caso de resultar saldos a favor de la entidad, **deberá** ofrecer facilidades de pago a la accionante, de modo que se garantice su subsistencia digna y la de su hijo, toda vez que, si la restitución de la indemnización se exige en un solo momento, tales derechos podrían resultar afectados.

Por otra parte, dado que la accionante se desempeñó como contratista del Municipio de Pupiales entre los meses de junio y diciembre de 2017, en el referido cruce de cuentas la entidad accionada **deberá tener en cuenta esta circunstancia** con el objetivo de observar estrictamente la prohibición de percibir más de una asignación del tesoro público, prevista en el artículo 128 de la Constitución Política^[181].

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos relacionados, solicito al señor Juez disponer y ordenar a mi favor lo siguiente:

MEDIDA PROVISIONAL URGENTE

1. Se tutelen mis derechos invocados y se ordene a **FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DE VALLEDUPAR – FONVISOCIAL – ALCALDÍA MUNICIPAL DE VALLEDUPAR**, la suspensión de manera inmediata del retiro a mi cargo, teniendo en cuenta mis condiciones especiales frente a un despido que ponga en riesgo mi probable pensión y me prive de los ingresos para subsistir, puesto que soy una persona con avanzada edad, que difícilmente vuelve a conseguir trabajo, por ende la continuidad como Profesional Universitario del Área Financiera provisional por encontrarme inmerso en el retén social taxativo en la ley.
2. Solicito respetuosamente la **SUSPENSIÓN DEL NOMBRAMIENTO** de la persona que gano el concurso para mi cargo en el área financiera de FONVISOCIAL, hasta tanto no realice todos mis trámites pertinentes ante COLPENSIONES, para el reconocimiento y obtención de mi pensión, o sea tener la calidad de PENSIONADA y estar en la nómina de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.
3. Solicito respetuosamente se ordene e informe a quien corresponda la novedad de la protección a mis derechos como prepensionada.

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Manifiesto bajo la gravedad de juramento que no se ha presentado ninguna otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos contra **FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DE VALLEDUPAR – FONVISOCIAL – ALCALDÍA MUNICIPAL DE VALLEDUPAR**.

PRUEBAS Y ANEXOS

- Certificación Laboral
- Declaración Juramentada Dependencia Económica
- Certificado Colpensiones de reporte de semanas no cotizadas
- Certificado de no pensión
- Certificado Laboral Secretaria de Fonvisocial

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Calle 10 A No 19A 39 los Cortijos cel. 321 2201606
Email: marthaherrera865@gmail.com

Atentamente,



MARTHA ISABEL HERRERA HERNÁNDEZ
C.C.No. 42.499.191 de Valledupar