

<p>REPÚBLICA DE COLOMBIA</p>  <p>CORTE CONSTITUCIONAL</p>	<p>COMUNICADO No. 57 Noviembre 22 y 23 de 2017</p>
--	---

I. EXPEDIENTE D-11715. SENTENCIA C-687/17 (Noviembre 22)
M.P. Alejandro Linares Cantillo

1. Norma acusada

"LEY 100 DE 1993
(Diciembre 23)

Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones
[...]

ARTÍCULO 20. MONTO DE LAS COTIZACIONES. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:>

La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. **Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad** y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

A partir del 1o. de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1o. de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. A partir del 1o. de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores.

El incremento de la cotización se destinará en el régimen de prima media al pago de pensiones y a la capitalización de reservas pensionales.

En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el incremento que se realice en el año 2004 se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen de ahorro individual. Los incrementos que se realicen a partir del 2005 se destinarán a las cuentas individuales de ahorro pensional. Quinquenalmente y con base en los estudios financieros y actuariales que se realicen para tal fin, el gobierno redistribuirá los incrementos de cotización previstos en este artículo entre el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual y las cuentas de ahorro pensional.

La reducción en los costos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes deberá abonarse como un mayor valor en las cuentas de ahorro pensional de los trabajadores afiliados al régimen de ahorro individual o de las reservas en el ISS, según el caso.

Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante.

En ningún caso en el régimen de prima media se podrán utilizar recursos de las reservas de pensión de vejez, para gastos administrativos u otros fines distintos.

Para financiar las pensiones de invalidez y de sobrevivientes de los actuales y futuros afiliados al ISS, se podrá trasladar recursos de las reservas de pensión de vejez a las de invalidez y sobrevivientes.

El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de las cuentas separadas en el Instituto de Seguros Sociales y demás entidades administradoras de prima media, de manera que en ningún caso se puedan utilizar recursos de las reservas de pensión de vejez para gastos administrativos u otros fines distintos a pagar pensiones.

Los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, destinado al fondo de solidaridad pensional, de conformidad con lo previsto en la presente ley en los artículos 25y siguientes de la Ley 100 de 1993.

Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv, de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv, de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia, del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente ley.

La entidad a la cual esté cotizando el afiliado deberá recaudar y trasladar al fondo de solidaridad pensional los recursos correspondientes en los términos y condiciones que señale el Gobierno Nacional.[...]"

"ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los **afiliados** que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley..."

"ARTÍCULO 84. EXCEPCIÓN A LA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA. Cuando la suma de las pensiones, **rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso**, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima..."

2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** para emitir pronunciamiento de fondo respecto del artículo 20 (parcial), 65 (parcial) y 84 (parcial) de la Ley 100 de 1993, por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Síntesis de la providencia

En cuanto a la demanda promovida en contra del artículo 20 (parcial) de la Ley 100 de 1993, se consideró que el argumento de que la titularidad de otras rentas o la suma de los ingresos de sus beneficiarios constituye una barrera de acceso a la garantía de pensión mínima no es claro, toda vez que dentro del artículo 20 acusado parcialmente no se encuentra dicha disposición sino que dicha excepción se consagra en el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, por lo que lo correspondiente es abordar su análisis en el respectivo cargo. Por otro lado, en lo que refiere a la situación fáctica de descapitalización de la cuenta individual en razón de la longevidad, indexación o indeterminación de los beneficiarios, no es cierto que el origen de la disminución de la cuenta personal se origine en el establecimiento de un porcentaje de aporte al FGPM, pues como bien lo indicaron algunos intervinientes y el Ministerio Público, este fenómeno obedece a factores ajenos a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, toda vez que por virtud de los artículos 80, 81 y 83 de la Ley 100 de 1993, le corresponde a las AFP garantizar que sus pensionados bajo la modalidad que elijan -renta vitalicia inmediata, retiro programado o retiro programado con renta vitalicia diferida-, tengan en su cuenta de ahorro individual los recursos suficientes para tomar una póliza de aseguramiento.

Respecto del artículo 65 (parcial) de la Ley 100 de 1993 esta corporación concluyó que para que se desarrolle el juicio de igualdad por la posible discriminación de trato legal en materia pensional, no basta con enunciar un solo beneficio, sino que por el contrario es necesario considerar todo el régimen pensional en su conjunto, tal y como ocurrió en el caso resuelto en la sentencia C-630 de 2016, en el que por el cargo de igualdad se examinó si constituía un trato discriminatorio el hecho de que los concejales de los municipios de menor categoría 4 a 6 se les subsidiara en parte el aporte a pensión de vejez frente a los concejales de los municipios de tercera categoría quienes deben aportar el 100% de la cotización sin subsidios.

Frente al artículo 84 (parcial) de la Ley 100 de 1993, consideró la Sala que el problema de interpretación planteado por el demandante se encuadra en una asunto de rango legal sin trascendencia en una norma constitucional, toda vez que el artículo 48 de la Constitución dispone que ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente y en desarrollo de dicho mandato, la garantía de pensión mínima permite una mejor distribución de los recursos del FGPM en beneficio de aquellos afiliados que por tener menores ingresos no alcanzan a

financiar el total del capital requerido para su pensión. Por ello, además, el cargo no tiene pertinencia al estimar conveniente ser acreedor del principio de solidaridad mediante el levantamiento de la restricción a la GPM, sin querer ser responsable de la misma solidaridad por el lado de sus beneficiarios.

4. Salvamento de voto

La Magistrada **Gloria Stella Ortiz Delgado** manifestó que se apartaba de la anterior decisión por considerar que la demanda si era apta para tomar una decisión de fondo.

II. EXPEDIENTE D-11937. SENTENCIA C-688/17 (Noviembre 22) M.P. Carlos Bernal Pulido

1. Norma acusada

“**LEY 1437 DE 2011**
(enero 18)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[...]

ARTÍCULO 115. CONJUECES. Los conjueces suplirán las faltas de los Magistrados por impedimento o recusación, dirimirán los empates que se presenten en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la Sala de lo Contencioso Administrativo en sus diferentes secciones y en Sala de Consulta y Servicio Civil, e intervendrán en las mismas para completar la mayoría decisoria, cuando esta no se hubiere logrado.

Serán designados conjueces, por sorteo y según determine el reglamento de la corporación, los Magistrados de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de Consulta y Servicio Civil de la Corporación.

Cuando por cualquier causa no fuere posible designar a los Magistrados de la Corporación, se nombrarán como conjueces, de acuerdo con las leyes procesales y el reglamento interno, a las personas que reúnan los requisitos y calidades para desempeñar los cargos de Magistrado en propiedad, sin que obste el haber llegado a la edad de retiro forzoso, las cuales en todo caso no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumpla funciones públicas, durante el período de sus funciones. Sus servicios serán remunerados.

Los conjueces tienen los mismos deberes y atribuciones que los Magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de estos.

La elección y el sorteo de los conjueces se harán por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por la Sala de lo Contencioso Administrativo en sus diferentes secciones y por la Sala de Consulta y Servicio Civil, según el caso.

PARÁGRAFO. En los Tribunales Administrativos, cuando no pueda obtenerse la mayoría decisoria en sala, por impedimento o recusación de uno de sus Magistrados o por empate entre sus miembros, se llamará por turno a otro de los Magistrados de la respectiva corporación, para que integre la Sala de Decisión, y solo en defecto de estos, de acuerdo con las leyes procesales y el reglamento de la corporación, se sortearán los conjueces necesarios.

ARTÍCULO 116. POSESIÓN Y DURACIÓN DEL CARGO DE CONJUEZ. Designado el conjuez, deberá tomar posesión del cargo ante el Presidente de la sala o sección respectiva, por una sola vez, y cuando fuere sorteado bastará la simple comunicación para que asuma sus funciones.

Cuando los Magistrados sean designados conjueces sólo se requerirá la comunicación para que asuman su función de integrar la respectiva sala.

Los conjueces que entren a conocer de un asunto deberán actuar hasta que termine completamente la instancia o recurso, aunque concluya el período para el cual fueron elegidos, pero si se modifica la integración de la sala, los nuevos Magistrados desplazarán a los conjueces, siempre que respecto de aquellos no se les predique causal de impedimento o recusación que dé lugar al nombramiento de estos...”

2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los apartes demandados de los artículos 115 y 116 de la Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

3. Síntesis de la providencia

Al analizar la demanda la Corte encontró con respecto al primer cargo de inconstitucionalidad por violación de la independencia orgánica del Consejo de Estado, que carece de especificidad y suficiencia toda vez que no se expresaron las razones por las cuales los apartes demandados violan la Constitución. Ello es así porque la accionante afirma que sus cuestionamientos se dirigen contra unos apartes de los artículos 115 y 116 de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, una vez revisado el texto en su integridad, se echa de menos una explicación acerca de la manera en que tales normas vulneran la Carta Política.

Con relación al segundo cargo, por violación de los derechos de acceso a la Administración de Justicia de a la tutela judicial efectiva la Corporación señaló que las razones expuestas por el demandante i) no son claras, pues no es posible deducir un razonamiento inteligible de la presunta inconformidad entre los apartes demandados de la Ley 1437 de 2011 y la Constitución; ii) carecen de certeza, pues se basan en interpretaciones sin sustento normativo y son subjetivas y caprichosas, como que la habilitación como conjuces a los magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado originará una mayor congestión judicial; iii) no son pertinentes, pues, al no señalar una real confrontación entre los preceptos constitucionales vulnerados y las normas acusadas, plantean un problema de simple conveniencia, que se reduce a considerar acerca del posible incremento de la congestión judicial en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

4. Salvamento de voto

El magistrado José Fernando Reyes Cuartas anunció un salvamento de voto toda vez que en su sentir el primer cargo de la demanda reunía las condiciones necesarias para que la Corte se pronunciara de fondo, no solo en aplicación de los principio *pro actione* y de caridad¹, sino porque la accionante cumplió con los mínimos de especificidad, pertinencia y suficiencia que echó de menos la Sala, permitiendo comprender con un lenguaje sencillo y preciso el concepto de la violación.

Anotó que la demandante identificó que las expresiones acusadas de los artículos 115 y 116 de la Ley 1437 de 2011, desconocían los artículos 236 y 237 superiores, al mezclar las funciones jurisdiccional y consultiva del Consejo de Estado, permitiendo que los magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo y de Consulta y Servicio Civil puedan ser designados como conjuces tanto en una como en otra, pese a tener funciones y competencias diferentes e incompatibles, lo cual contraría la independencia orgánica de dicha Corporación en sus salas y secciones especializadas.

Asimismo, precisó que ni la Constitución ni el artículo 61 de la Ley 270 de 1996 habilita a los "mismos magistrados de la Corporación de las especialidades de las otras secciones y mucho menos que los Magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil sean conjuces de los asuntos de la Sala de lo Contencioso Administrativo, lo que desnaturaliza la figura del conjuce. Al contrario, lo que expresamente señalan la Constitución y la ley es que los conjuces tienen que ser terceros, es decir, diferentes a los mismos magistrados y además está expresa la prohibición en cuanto a que no podrán ser miembros de la corporación".

De esta manera, la accionante demostró con argumentos de naturaleza constitucional cómo los apartes cuestionados vulneraban la independencia orgánica del Consejo de Estado, en punto a las funciones especializadas de sus salas y secciones, dando lugar a la alteración de la figura del conjuce, quien debe ser un tercero a dicha Corporación. Planteado de esta manera el cargo, se generaba una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, haciendo apta la demanda.

¹Como en los procesos ante la jurisdicción ordinaria, el principio de caridad, *mutatis mutandis*, apunta a que los jueces tienen, no la potestad sino el deber de interpretar las manifestaciones formales y espontáneas de los demandantes de manera que al hacerlo procuren la mejor interpretación a su favor. Este principio exige que los argumentos de los accionantes sean interpretados como racionales y, en caso de controversia, que se considere su interpretación más sólida (Al respecto, consultar: DAVIDSON, D. (1973) "Radical Interpretation". En: Inquiries into Truth and Interpretation. Oxford: Clarendon Press, 1984. 125-139).

III. EXPEDIENTE D-11987. SENTENCIA C-689/17 (Noviembre 22)
M.P. Carlos Bernal Pulido

1. Norma acusada

“LEY 57 DE 1887
(abril 15)

Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional

-CÓDIGO CIVIL-

[...]

ARTICULO 1119. <INVALIDEZ DE DISPOSICIONES A FAVOR DEL NOTARIO Y TESTIGOS>. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> No vale disposición alguna testamentaria a favor del notario que autorizare el testamento o del funcionario que haga veces de tal, o del cónyuge de dicho notario o funcionario, o de cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados o **sirvientes** asalariados del mismo.

Lo mismo se aplica a las disposiciones en favor de cualquiera de los testigos...”

2. Decisión

ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-190 de 2017, que declaró **INEXEQUIBLE** la expresión “*sirvientes*” contenida en el artículo 1119 de la Ley 57 de 1887.

3. Síntesis de la providencia

La Sala Plena encontró configurado el efecto de cosa juzgada constitucional respecto de la demanda presentada contra la palabra “*sirvientes*” contenida en el artículo 1119 de la ley 57 de 1887, en atención a lo decidido por esta Corporación en la sentencia C-190 de 2017, mediante la cual se declaró la inexecutable de la misma expresión que integra el contenido normativo del mencionado artículo.

IV. EXPEDIENTE T-5.761.808 AC. SENTENCIA SU-691/17 (Noviembre 23)
M.P. Alejandro Linares Cantillo

La Sala Plena de la Corte Constitucional revisó la acción de tutela instaurada por los ciudadanos Gloria Inés Gómez Ramírez, Luis Hernando Ortiz Valero, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Lida Janeth Pinto Barón, Carlos Arturo Serpa Uribe, Rodrigo Rodríguez Barragán, Irma Susana Rueda Suárez, Carmen Remedios Frías Arismendy, Claudia Ledesma Ibarra y Diana Ortegón Pinzón, contra la Procuraduría General de la Nación por considerar vulnerados sus derechos al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y a la seguridad social, en razón a la desvinculación de la entidad pese a tratarse de personas próximas a pensionarse y/o mujeres cabeza de familia, por lo que solicitan su reintegro a dichos cargos.

Los accionantes manifestaron que en virtud de la apertura del proceso de selección y de la conformación de lista de elegibles para los cargos de Procuradores Judiciales I y II, la Procuraduría General de la Nación ordenó producir los nombramientos y efectuar las posesiones de acuerdo con los términos fijados en el Decreto número 262 de 2000 y, al no hacer parte de la lista de elegibles fueron desvinculados de sus cargos

La Corte Constitucional luego de evaluar las acciones de tutela interpuestas por Gloria Inés Gómez Ramírez, Luis Hernando Ortiz Valero, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Lida Janeth Pinto Barón, Carlos Arturo Serpa Uribe, Rodrigo Rodríguez Barragán, Irma Susana Rueda Suárez, Carmen Remedios Frías Arismendy y Claudia Ledesma Ibarra, encontró que los accionantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz en el cual ventilar

las pretensiones presentadas en las acciones de tutela como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, escenario en el cual se pueden solicitar medidas cautelares ordinarias y/o de urgencia, concebidas como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia.

A juicio de la Sala, el mecanismo es idóneo porque dicho proceso judicial es el espacio adecuado para resolver las pretensiones de lo solicitado por vía de tutela. Allí, el juez de lo contencioso administrativo tiene la competencia suficiente para decidir acerca de la nulidad del acto administrativo de desvinculación y, de ser procedente, proferir las órdenes necesarias con el fin de restablecer el derecho vulnerado por la entidad demandada, de ser el caso, e incluso, ordenar la reparación de los otros perjuicios no reparados *in natura* mediante la orden de restablecimiento del derecho. En cuanto a la eficacia del mecanismo, se anunció que así como el juez de tutela, el juez de lo contencioso administrativo tiene la competencia para otorgar las medidas de protección, cautelares o de urgencia dispuestas en la Ley 1437 de 2011, o las necesarias para evitar un perjuicio irremediable. En otros términos, la eficacia del mecanismo está, en gran medida, determinada por la existencia de las medidas cautelares ordinarias o de urgencia que puede adoptar el juez administrativo con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable, tal como lo establece la Ley 1437 de 2011.

Visto lo anterior, la Sala Plena analizó la procedencia transitoria de la acción de tutela con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Al respecto, la Sala Plena consideró que los accionantes están en condiciones de asumir las cargas procesales exigidas por la Ley 1437 de 2011 al no evidenciarse un riesgo de configuración de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio. Lo anterior teniendo en cuenta que (i) todos los accionantes son abogados con vasta experiencia en el ejercicio de una profesión liberal y (ii) ninguno demuestra una condición económica apremiante puesto que cuentan con bienes muebles y/o inmuebles, cuentas de ahorro, CDT's, que les permiten tener otras fuentes de financiamiento diferentes al salario percibido como servidores de la Procuraduría General de la Nación.

Con relación al estado de salud de los accionantes, el Tribunal Constitucional analizó la condición de cinco de los tutelantes que argumentaron padecer alguna enfermedad, lo cual, haría más gravosa su desvinculación y limitaría el ejercicio de su profesión. En atención a lo anterior, la Sala resaltó que el hecho de padecer una enfermedad, no es condición suficiente para que la acción de tutela se torne procedente. En adición a esta circunstancia, los accionantes deben probar cómo dicha enfermedad los sitúa en una condición de debilidad manifiesta o vulnerabilidad que haga procedente el amparo pese a contar con otro mecanismo judicial, condición que no demostraron los accionantes dentro del proceso.

En consecuencia, se concluyó que las acciones de tutela presentadas por Gloria Inés Gómez Ramírez, Luis Hernando Ortiz Valero, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Lida Janeth Pinto Barón, Carlos Arturo Serpa Uribe, Rodrigo Rodríguez Barragán, Irma Susana Rueda Suárez, Carmen Remedios Frías Arismendy y Claudia Ledesma Ibarra, son improcedentes considerando que los accionantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz donde ventilar las pretensiones aquí planteadas y no se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad que haga necesaria la actuación de juez de tutela con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Por otra parte, la señora Diana Ortegón Pinzón interpuso la acción de tutela argumentando que por su condición de madre cabeza de familia no debió ser desvinculada de la Procuraduría General de la Nación.

A juicio de la Sala Plena, el inciso 2º del artículo 43 de la Constitución Política de Colombia otorga a las mujeres cabeza de familia una protección especial de parte del Estado. Así las cosas, el análisis de procedencia de la acción de tutela, en este caso específico, se flexibilizó en razón a la condición de madre cabeza de familia de la accionante.

En este sentido, la Corte consideró que la protección constitucional a las madres cabeza de familia que demuestren el cumplimiento de los requisitos dispuestos en la SU-388 de 2005 y la inexistencia de otras fuentes de financiamiento, torna ineficaz el mecanismo judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De esta manera, a diferencia de los casos declarados improcedentes, la señora Ortega Pinzón demostró que no cuenta con ingresos diferentes a su salario para suplir los gastos mensuales que implican su condición de madre cabeza de familia, puesto que, entre otras circunstancias, no tiene bienes muebles ni inmuebles a su nombre, es decir, no cuenta con otras fuentes de financiamiento que le permitan resguardar el derecho al mínimo vital de ella y de sus hijos, circunstancias que hacen procedente la acción de tutela presentada por la señora Diana Ortega Pinzón como mecanismo definitivo.

Superada la procedencia de la acción de tutela en este caso, la Sala Plena se planteó el siguiente problema jurídico: ¿la Procuraduría General de la Nación vulneró los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital de la señora Diana Ortega Pinzón, al desvincularla de la entidad como consecuencia del nombramiento en propiedad de personas que integraron la lista de elegibles del concurso realizado por la entidad accionada en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia C-101 de 2013, sin tener en consideración su condición de mujer cabeza de familia?

Con el fin de resolver el problema jurídico la Corte estableció las siguientes reglas:

En primer lugar, la Sala Plena determinó que, *prima facie*, las personas nombradas en provisionalidad o en cargos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada, por la naturaleza del cargo que desempeñan.

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

En tercer lugar, cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2º del artículo 43 Superior), como lo son las madres cabeza de familia que cumplen con los presupuestos establecidos en la sentencia SU-388/05, puede llegar a reconocérseles la garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del despido, dado que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo o que la proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra. De esta manera, la garantía constitucional se sustenta en las siguientes hipótesis:

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

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

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

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

Al resolver el caso concreto, la Sala Plena consideró que, en efecto, la accionante cumple con los presupuestos para ser considerada madre cabeza de familia, lo cual activa la protección constitucional que, entre otras, podría verse reflejada en una protección laboral reforzada a su favor. Adicionalmente, encontró que la Procuraduría General de la Nación tenía conocimiento de la calidad de madre cabeza de familia de la accionante, situación ante la cual la entidad no emitió garantía alguna.

Por todo lo expuesto, la Corte Constitucional consideró que la Procuraduría General de la Nación desconoció la especial protección a la madre cabeza de familia establecida en el inciso 2º del artículo 43 Superior, vulnerando con ello los derechos fundamentales de la señora Diana Ortegón Pinzón. Reiterando que su condición de sujeto de especial protección constitucional no le otorga un derecho indefinido a permanecer en un cargo de provisionalidad, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Esta Corte le ordenará a la entidad que, siempre que hayan vacantes en la entidad, dé continuidad a la vinculación de la señora Diana Ortegón Pinzón de forma provisional hasta tanto todas las plazas sean ocupadas por los integrantes de la lista de elegibles.

Por lo tanto, la Sala dispuso confirmar la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá, juez de segunda instancia dentro del proceso de tutela, mediante sentencia del 23 de noviembre de 2016, que dejó sin efectos la decisión adoptada por la Procuraduría General de la Nación mediante la cual decidió desvincular a la señora Ortegón Pinzón y, en consecuencia, ordenó su reintegro en el cargo que ocupaba.

La Sala puso de presente que la accionante bien pudo considerar innecesario, por sustracción de materia acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativo con el fin de demandar la actuación de la Procuraduría, toda vez que el acto vulnerador de sus derechos ya no estaba produciendo efectos, como consecuencia de la decisión judicial adoptada por el juez de tutela.

No obstante, la Corte reiteró que su condición de sujeto de especial protección constitucional no le otorga el derecho indefinido de permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganaron el concurso público de méritos, por lo que se ordenó que la entidad y, de ser posible en la actualidad, dé continuidad a la vinculación de la señora Diana Ortegón Pinzón de forma provisional hasta tanto todas las plazas sean ocupadas por los integrantes de la lista de elegibles, es decir, hasta tanto se concrete de manera ineludible el sistema de carrera.

El magistrado **Alberto Rojas Ríos** se separó de la decisión de la mayoría, por cuanto niega, entre otros amparos, la protección constitucional de las ciudadanas Lida Janeth Pinto Barón (Exp T-5.846.142) y Gloria Inés Gómez Ramírez (Exp. T-5.761.808). En los procesos referenciados, las accionantes trataban de obtener el amparo sus derechos con el fin de evitar que se dilatará la protección de sus garantías fundamentales. Para el Magistrado disidente, en la situación de las actoras mencionadas confluyen varios criterios que concurrían a que la Corte Constitucional otorgara una protección especial, pues son: i) mujeres; ii) prepensionadas; iii) padecen de alguna patología que afecta su salud; y iv) todas las circunstancias anteriores dejan en evidencia que las ciudadanas Pinto Barón y Gómez Ramírez son sujetos de especial protección constitucional, calidad que justificaba el amparo de derechos invocados. Indicó que las peticionarias sufrieron una violación intensa a su derecho a la estabilidad laboral reforzada y a la igualdad, dado que la entidad cuestionada no había atendido su calidad de mujeres enfermas próximas a pensionarse. Resaltó que la Procuraduría General de la Nación había sido indolente ante la situación de las petentes, por ejemplo con la ciudadana Gloria Inés Gómez que solicitó su reubicación en otro cargo, petición que nunca respondió. Por tanto, exigir a las peticionarias que esperen la decisión de nulidad y restablecimiento del derecho se erige como una exigencia desproporcionada en relación con la vulneración de su derecho.

Adicionalmente, censuró que la mayoría de la Sala Plena para los casos de ambas ciudadanas hubiese otorgado una idoneidad plena e inusitada al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con medidas cautelares. Dicha posición se aleja de la realidad, toda vez que desconoce que pueden existir hipótesis que tienen la virtualidad de afectar la idoneidad de la acción ordinaria, como sucede con la necesidad de: i) precisar el contenido de un derecho

fundamental; ii) corregir una posición de la administración o de los jueces ordinarios, que resulte contraria al precedente constitucional; iii) resolver un problema de exclusión que padece un grupo social; y iv) formular salidas a un problema que requiere remedios judiciales que garanticen facetas positivas de los derechos, ordenes que superan la declaratoria de nulidad de un acto administrativo. La superación del equivocado criterio de idoneidad en los temas expuestos, corren múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, véase Sentencias T-183 de 2013, T-156 de 2014, T-326 de 2014, SU-377 de 2014 y T-595 de 2016 entre otras.

El magistrado **Carlos Bernal Pulido** manifestó que salva parcialmente el voto. Si bien está de acuerdo con la mayor parte de la decisión, disiente del amparo concedido a la señora Diana Ortégón Pinzón. En este caso, la accionante (i) también es abogada, con experiencia profesional, (ii) no está demostrada una condición económica apremiante, y (iii) en todo caso, tuvo a su disposición, aunque no ejerció por decisión propia, los medios de control y las medidas de protección ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Además, no está demostrado perjuicio irremediable alguno que tornara procedente, aunque de manera transitoria, la acción de tutela en el presente asunto. Por lo anterior, el magistrado **Carlos Bernal Pulido** consideró que la tutela de esta accionante también ha debido declararse improcedente.

Por su parte, la magistrada **Fajardo Rivera** se reservó una aclaración de voto.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Presidente